Analogie und Auslegung, im besonderen Analogie und Auslegung in § 242 Strafgesetzbuch (Wert- und Substanztheorie).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universiät zu Marburg

vorgelegt von

Adelheid Dieterich

Gerichtsreferendarin aus Darmstadt.

Marburg 1932.

Gedruckt von Konr. Jung, Groß-Steinheim.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 27. April 1931.

Berichterstatter: Professor Dr. E. Mezger.

Meinen Eltern!

Schrifttum.

I. Zeitschriften und Entscheidungen.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1925.
Archiv des Criminalrechts, Neue Folge.
Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.
Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begr. durch Dr. Goltdammer.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß und die ergänzenden Disziplinen.
Grünhuts Zeitschrift (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart).
Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart.
Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, hrg. von Aschrott und von Liszt 1910, 1926.
Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1929.
Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. 1906.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Begründung. Allgemeiner Teil 1909.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

II. Lehrbücher, Kommentare und Einzelabhandlungen.

v. Bar, Über die Absicht rechtswidriger Zueignung beim Diebstahl in: Magazin f. d. dtsch. Recht d. Gegenwart, Bd. IV.
— Geltungsgebiet des Strafgesetzes in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Bd. I.
— Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. I, 1906.
Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
Bergholm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I. 1892.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.
Bierling, Juristische Prinzienlehre Bd. IV, 1905.
Binder, Philosophie des Rechts, 1925.
Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil I. 1913.
— Handbuch des Strafrechts, I. 1885.
— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil I. 1902.
— Die Normen und ihre Übertretung. Bd. II. 1872; Neue Aufl. 1914.
Brucke (Bauke), Bemerkungen zum Reichsgerichtsurteil vom 3. Oktober 1890 (RG 22, 2) in: Goltd. Arch. 40.
Bülow, Gesetz und Richteramt 1885.
Dörr, Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben im Gerichtssaal 52.
Eick, Walter, Die Analogie im Strafrecht. Gießen, 1912. Diss.
Enneccerus, Lipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1. 12. Bearb 1928.
Exner, Gerechtigkeit und Richteramt. 1922.

Feuerbach-Mittermeier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14. Aufl., 1847.
Finger, Kritische Besprechung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Ger. S. 78.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I. 1904.
v. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 15. Aufl. 1924. 17. Aufl. 1926. 18. Aufl. 1. Lieferung, 1929.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1922.
Gleispach, Graf. Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen I, 1905.
Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten, I. 1851.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I, 1881. Bd. II, 1884.
Harburger, Diebstahl und Unterschlagungen in: Vergl. Darst. Bd. VI., S. 183 ff.
Hartmann, Der Diebstahl an Sparkassenbüchern in Goltd. Arch. 40.
Heinze, Das Verbot analoger Anwendung von Strafgesetzen. Seine Berechtigung und Grenzen, Breslau 1917. Diss.
Hepp, Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf die Gebiete des Strafrechts. In: Arch. d. Criminalrechts, N. F. 1846.
v. Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. I. Allgemeine Grundlagen 1925 und jetzt Bd. II, 1930.
Jung, „Positives“ Recht, 1907.
Köhler, Über die Interpretation von Gesetzen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13.
Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912.
— Recht und Gesetz in Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. 11.
Kohlrausch, Ed., Das „Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit“ und seine Vorgeschichte in: ZStW 20.
Kohlrausch, Fr., Die Energie oder Arbeit, die Anwendung des elektrischen Stroms. 1900.
Krengel, Die Analogie im Strafrecht, Frankfurt, 1928. Diss.
Leipziger Kommentar: (Ebermayer, Lobe, Rosenberg) 3. Aufl. 1925. 4. Aufl. 1929.
Lilienthal, Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt in: ZStW 32.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
Lueder, Die Vermögensbeschädigung, 1867.
Manigk, Formalismus und Freirechtsschule im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster Bd. II, S. 477 ff.
— Auslegung, daselbst Bd. I, S. 432.
— Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 1926.
Mayer, M. E., Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1915.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.
Merkel, Analogie und Auslegung der Gesetze in: Holtzendorffs Handbuch, Bd. II. S. 67 ff., 1871.
— Die Auslegung des Strafgesetzes, ebd. Bd. IV S. 75 ff., 1871.
— Die Eigentumsverletzungen, ebd. Bd. III, 1874, S. 621 ff.
— Die Sachbeschädigung, ebd. Bd. III. S. 848, 1874.
Meves, Die Stellung des Anstifters in § 46 StGb in: Goltd. Arch. 37.
Mezger, Strafrecht, 1931.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Bd. 7. Aufl. 1906; 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1901.
Ostwald, Die Frage des Diebstahls an Elektrizität vom technischen Standpunkt in: DJZ 2, S. 115.
Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914.
Reichel, Gesetz und Richteramt, 1885.
Rotering, Über die Zueignung im Sinne der §§ 242 u. 246 StGb in Ger. S. 36.
Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen, 1912.
Rumpf, Die Auslegung des Strafgesetzes in: Goltd. Arch. Bd. 60.
Sauer, W., Der Zueignungsbegriff in Goltd. Arch. 63.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts I. 1840.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
Schwinge, Die teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930.
Thomsen, Das deutsche Strafrecht, 1906.
Ullmann, Über den dolus beim Diebstahl, 1870.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.
Wächter, Über Gesetzes- und Rechtsanalogie im Strafrecht in: Arch. d. Criminalrechts, N. F. 1844.
— Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, II. 1842.
Wolff, E., Der Sachbegriff im Strafrecht in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. 5, 1929.
Zimmer, W., Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstrafgesetzbuch. 1913. Diss., Halle.
Zitelmann, Lücken im Recht. 1903.

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung.

Die Frage der Analogie im Strafrecht ist schon oft in der juristischen Literatur behandelt worden. Wenn sie hier nochmals erörtert wird, so geschieht dies zu dem Zwecke, aus dem gewonnenen Ergebnis die Nutzanwendung zu ziehen auf die Abgrenzung zwischen Analogie und Auslegung innerhalb des § 242 StGb.

Nach einer Festlegung des Begriffs der Analogie und der Feststellung, daß der § 2 Abs. I StGb. im Sinne eines Verbots solcher Analogie, die zu Ungunsten des Täters wirkt, auszulegen ist, wird die Frage geprüft, ob die Auslegung des in § 242 StGb. enthaltenen Wortlauts „dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen“ nur aus formalistischen Gesichtspunkten (Substanztheorie) oder unter Berücksichtigung materieller Erwägungen (Werttheorie) zu erfolgen hat. Es soll versucht werden, darzutun, daß sich die Werttheorie innerhalb der Grenzen erlaubter Gesetzesauslegung hält und nicht zu einer im StGb. verbotenen analogen Gesetzes-Anwendung führt. Zu diesem Behufe wird zunächst der in § 242 StGb. verwandte Sachbegriff im Sinne eines zum Menschen in Wertbeziehung stehenden Stückes Wirklichkeit festgelegt, und dieser dann in Beziehung zu dem in Frage stehenden Wortlaut gesetzt. Auf diesem Wege wird die Rechtfertigung einer wertbetonten Auslegung des Wortlauts „dieselbe sich rechtwidrig zuzueignen“ gewonnen und dargetan, daß eine die Sachsubstanz betonende Auslegung nicht im Einklang steht mit dem Sachbegriff, so wie er allein im Rechte Verwendung finden kann.

I. Teil: Die analoge Anwendung von Gesetzesvorschriften im Strafrecht.

A. Die Analogie im allgemeinen.

§ 2. Feststellung der Lückenhaftigkeit der Gesetze.

Es kann kein Gesetz den Anspruch erheben, für alle im täglichen Leben vorkommenden Fälle eine genau passende rechtliche Regelung zu enthalten. Es ist dies zu erklären einmal aus der Art und Weise, in der der Gesetzgeber bei der Abfassung der Gesetze vorzugehen hat: er muß, soll das Gesetz nicht unübersichtlich und unhandlich werden, abstrakte, vom Einzelfall losgelöste, generelle Regeln aufstellen, unter die die einzelnen Vorgänge einzuordnen Schwierigkeit bereitet. Außerdem sind die Vorkommnisse des Lebens viel zu mannigfaltig, als daß der Gesetzgeber bei Schaffung der Gesetze an alle denken, geschweige sie alle voraussehen könnte. Es ist daher unbedenklich zuzugeben, daß die einzelnen Gesetze Lücken haben[1], d. h. daß aus ihren Paragraphen und deren Auslegung allein sich oft eine rechtliche Entscheidung für den Einzelfall nicht entnehmen läßt. Ehe wir die Frage, wie diese Lücken auszufüllen sind, behandeln, müssen wir uns über ihr Wesen klar werden. Zitelmann[2] teilt die Lücken ein in echte und unechte und behauptet, bei ihrer Ausfüllung habe der Richter verschiedene Maßstäbe anzulegen. Dieser Unterscheidung und der damit verbundenen grundsätzlich verschiedenen Behandlung der Lücken ist indessen nicht zuzustimmen. Eine echte Lücke liegt nach Ansicht Zitelmanns nur da vor, wo das Gesetz innerhalb eines positiven Rechtssatzes ein Moment unbestimmt läßt (wenn z. B. ein Gesetz eine Wahl anordnet, ohne über die Art ihrer Vornahme Näheres zu bestimmen). Der Richter ist in diesem Falle, da er irgend eine Entscheidung geben muß, gezwungen, einen entsprechenden Rechtssatz zu finden, also das Gesetz zu ergänzen. Er hat dabei nicht nach rein sujektiver Überzeugung (wie z. B. bei der Strafzumessung), sondern in allgemeingültiger Weise zu entscheiden. Erwähnt sei, daß nicht in jedem Fall zur Ausfüllung dieser „echten" Lücken über das Gesetz hinausgehende Analogie angewandt werden muß, daß vielmehr in

---

[1] So auch Bergbohm, S. 381/82; Eick S. 33: Merkel in H. H. Bd. 2 S. 76; Olshausen § 2 Nr. 4; Wachenfeld S. 44; Savigny Bd. I S. 290; Hepp, in Arch. für Criminalrecht 1846 S. 105.

[2] In „Lücken im Recht" S.

der Regel hier eine sich im Rahmen des Gesetzes haltende Präzisierung der Gesetzesbestimmung genügt. Bei den „unechten" Lücken ist nach Ansicht Zitelmanns die Tätigkeit des Richters eine andere. Zitelmann geht dabei von der Hypothese aus, es bestehe als Inhalt der Rechtsordnung der unausgesprochene negative Grundsatz, eine Handlung habe keine rechtlichen Folgen, außer wenn solche durch besondere Rechtssätze bestimmt seien. Alle positiven Rechtssätze, soweit sie nicht etwa nur Ausdruck jenes negativen Grundsatzes sind, sind nach dieser Ansicht lediglich Ausnahmen von demselben. Das, was man gemeinhin als Lücke im Gesetz bezeichnet, ist für Zitelmann das Fehlen einer solchen Ausnahme. Das, was man gemeinhin Ausfüllung der Lücken nennt, ist für ihn eine Korrektur dieses negativen Grundsatzes, die Feststellung einer weiteren Ausnahme aus der Erkenntnis heraus, daß eine Entscheidung gemäß dem allgemeinen Grundsatz sachlich zu beanstanden wäre. Es kann aber nicht so liegen, daß die Entscheidung nach dem vorliegenden allgemeinen Rechtssatz „unsachlich" wäre, und der Richter deshalb eine Korrektur desselben vornehmen müßte. Vielmehr muß die von ihm getroffene Entscheidung gerade dem Gesetze gemäß sein. Er hat nicht das in Anwendung auf den Einzelfall unsachliche Gesetz zu korrigieren, sondern das für diesen Fall nicht ausdrücklich formulierte Gesetz sinngemäß anzuwenden. Das Bestehen jenes negativen Grundsatzes ist aber unbewiesen und kann außerdem nur mit Unterstützung eines zweiten, ebenfalls unbewiesenen, rein hypothetischen Rechtssatzes: „Recht ist das, was hier im Gesetze steht, mit gewissen Änderungen, die sich durch Analogie usw. ergeben"[1] aufrechterhalten werden. Da aber die Möglichkeit, einen solchen allgemeinen, ungeschriebenen Rechtsgrundsatz zum Ausgangspunkt der Erwägungen zu machen, geleugnet werden muß, handelt es sich nach meiner Ansicht gerade bei der Ausfüllung der sog. „unechten" Lücken um eine Ergänzung des Gesetzes im Einzelfall (um eine echte Lücke!).

§ 3. Analogie zur Ausfüllung der Lücken im Gesetz.

I.

Es fragt sich nun, auf welchem Wege diese Ergänzung des Gesetzes zu erfolgen hat. Ein Mittel, das der Richter zur Ausfüllung der Gesetzeslücken heranziehen kann, soweit dies nicht durch einen besonderen Rechtssatz verboten ist, besteht in der analogen Anwendung

---

[1] a. a. O. S. 26.

gesetzlicher Vorschriften. Darüber, was unter Analogie zu verstehen ist, ist man sich in Wissenschaft und Praxis im großen und ganzen einig. Über ihre dogmatische Behandlung und Einteilungsmöglichkeit sowie über ihr Verhältnis zur ausdehnenden Auslegung herrscht Streit. Zunächst ist kurz festzustellen, was man unter Auslegung der Gesetze, mit der die Analogie nicht zu verwechseln ist, zu verstehen hat. Die Auslegungstätigkeit des Richters besteht in der nicht am Worte haftenden Feststellung des der Gesetzesbestimmung innewohnenden Sinnes. Sie hat sich streng innerhalb des Rahmens des Gesetzes zu halten und darf nur das berücksichtigen, was unter Anwendung der allgemein anerkannten Auslegungsregeln[1] als vom Wortlaut mitumfaßt gelten kann[2]. Bei der Anwendung von Analogie geht der Richter dagegen, wie nachgewiesen werden soll, über das geschriebene Recht hinaus. Das Wesen der Analogie wird allgemein als Anwendung eines im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Prinzips auf einen Fall, für den es an einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung fehlt, bestimmt[3]. Es liegt aber nicht ein Schluß von Bekanntem auf Unbekanntes[4], sondern von der gesetzlichen Behandlung von Bekanntem auf die gesetzlich nicht ausdrücklich festgesetzte Behandlung von ebenfalls Bekanntem vor. Voraussetzung ist, daß der vorliegende Tatbestand dem im Gesetz festgelegten Tatbestand wesensgleich ist, d. h. es muß Gleichheit in den für die Enscheidung maßgebenden Punkten vorliegen. Es ist somit Eick zuzustimmen, der folgendermaßen definiert: „Analogie ist die Konsequenz aus dem Prinzip des Gesetzes für lediglich ähnliche Fälle"[5, 6]. Die Rechtfertigung dieser analogen Gesetzesanwendung liegt in dem Grundsatz, daß der gleiche Grund gleiche Folgen nach sich ziehen muß.

Bestritten ist, ob der Richter bei analoger Gesetzesanwendung über das Gesetz hinausgeht[7], es also ergänzt, oder ob der Ana-

---

[1] s. z. B. Savigny I S. 213; Enneccerus § 51.

[2] s. z. B. Merkel, H. H. II S. 69; RGRK § 2 Nr. 7; v. Bar, Ges. u. Sch. I S. 16; Finger S. 180.

[3] s. z. B. Wachenfeld S. 44; Merkel H. H. II S. 76; Enneccerus § 53, II; Finger S. 182; Kohler, Lehrb. d. B. R. S. 137; ders. in Grünhuts Ztschr. 13 S. 48 ff.; Wächter, Württemb. Privatr. § 13; Krengel a. a. O. S. 13.

[4] Krengel a. a. O. S. 13.

[5] a. a. O. S. 34.

[6] so auch Enneccerus, § 53 II, 1; RGRK § 2 Nr. 7; Savigny I; Schütze S. 317; Wächter, a. a. O. § 13. Beling.

[7] so z. B. Heinze S. 22; Merkel, H. H. IV 83; Wächter, Arch. d. Crim. R. 1844 S. 421/3; Binding, Handb. I, 214; v. Bar, Ges. u. Sch. I S. 15; Ennec § 53 II, 2; Kohler in Grünhuts Ztschr. Bd. 13 S. 48; Beling, Grundzüge § 4 IV, 2.

logieschluß die Aufdeckung eines „latenten“ Rechtssatzes bedeutet[1, 2]. Da aber m. E. die Behauptung, daß durch ein Gesetz der Wille der Rechtsquelle in weiterem Umfange erklärt wird, als er im Gesetz selbst Aufnahme findet[3], daß also das einzelne Gesetz neben den ausdrücklich ausgesprochenen auch noch durch das Gesetz „implicite“ anerkannte Rechtssätze enthält, nicht bewiesen ist, darf diese nicht zum Ausgangspunkt gemacht werden. Nach meiner Ansicht ist der durch Analogie gewonnene und auf den konkreten Fall angewandte Rechtssatz eine Fortbildung des Gesetzes im Einzelfall (natürlich nicht Schaffung einer Rechtsquelle!). Dafür spricht die Tatsache, daß der Analogieschluß, wenngleich den Prinzipien des Gesetzes entnommen, im Ergebnis nicht von vornherein feststeht, vielmehr notwendigerweise von der subjektiven Überzeugung des Urteilenden beeinflußt ist. Die Auffindung latenter Rechtssätze müßte dagegen m. E. nur in ganz eindeutiger Weise erfolgen können.

II.

Die nächste Frage hat nun zu lauten: Wie wird das Prinzip, aus dem die Konsequenz für den Einzelfall gezogen wird, aufgefunden? Es muß das Prinzip auf jeden Fall seinen Ausdruck im Gesetz gefunden haben, es kann also nur aus diesem selbst gewonnen werden. Ein Zurückgehen auf die Prinzipien des Rechts als ganzem ist dagegen nicht zulässig. Anstelle der Anwendung eines im Gesetz verankerten, also mit größtmöglichster Sicherheit zu gewinnenden Prinzips würde die Anwendung eines Prinzips treten, das der Richter seiner Rechtsauffassung gemäß, also willkürlich, dem Rechte aufzwingen könnte. Unklar sind die Ausführungen Eicks[4]. Er will zwar nicht, wie ihm Heinze[5] vorwirft, das Prinzip durch ausdehnende Auslegung gewinnen, es ist aber nicht ersichtlich, wo er das „auf induktivem Weg aus dem Gesetz“ erschlossene Prinzip findet, wenn er gleichzeitig behauptet, der Obersatz sei aus dem Gesetz oder aus dem ausgelegten Gesetz nicht zu entnehmen. Es kann diese Behauptung höchstens in dem Sinne gemeint sein, in dem Kohler[6]

---

[1] so Binding, Grundriß S. 69; Handb. I S. 212 u. 217; Wachenfeld S. 42; Krengel S. 24.

[2] so auch Finger („konkludenterweise“).

[3] Binding, Normen I S. 70.

[4] a. a. O. S. 23/24.

[5] a. a. O. S. 22 Anm. 1.

[6] in Grünhuts Zeitschr. S. 48.

von einem „außerhalb des Gesetzes stehenden Wesen" der einmal aus dem Gesetz entstandenen Prinzipien spricht. Eine solche selbständige Bedeutung kann aber nach meiner Ansicht dem Prinzip nicht zuerkannt werden. Richtig ist, daß das Gesetz, auch in vollständiger Auslegung, die Rechtsähnlichkeit nicht enthält [1]. Die Feststellung der Ähnlichkeit beruht auf dem Urteil des Richters. Rechtsähnlichkeit ist aber nicht dem Prinzip gleichzusetzen. Dieses „schlummert" nicht nur „in den rationellen Mächten des Geistes", sondern muß seinen Ausdruck im Gesetz gefunden haben. Das Zurückgehen auf das „Walten der Kulturfaktoren, deren unbewußte Träger wir alle sind", würde als völlig vom Gesetz gelöste Prinzipauffindung notwendig zu Rechtsunsicherheit und Willkür führen.

III.

Die Tätigkeit des Richters bei Auffindung und Anwendung des Prinzips ist nun nicht immer die gleiche: entweder er zieht aus der Tatsache, daß in einer oder mehreren Gesetzesbestimmungen das Prinzip erkennbar zum Ausdruck gekommen ist, den Rückschluß, daß auch der vorliegende dem im Gesetz behandelten Fall ähnliche Fall diesem Prinzip gemäß zu behandeln ist; oder er fällt das Urteil über den Einzelfall ohne bestimmte gesetzliche Vorschriften als Vorbild zu haben, aus dem Geiste des ganzen Gesetzes heraus. Im ersten Falle spricht man von Gesetzesanalogie, im letzten von Rechtsanalogie [2, 3]. Zur Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Analogie erlaubt ist, kann diese Unterscheidung aber nichts beitragen: denn wenngleich in der Methode, nach der das anzuwendende Prinzip gefunden wird, ein Unterschied besteht, so erübrigt es sich doch angesichts unserer heutigen Gesetzgebung darüber zu entscheiden, ob beide in gleichem Maße Anwendung finden können oder nicht, deshalb, weil nirgends eine gesetzliche Bestimmung besteht, die eine unterschiedliche Behandlung forderte.

§ 4. Abgrenzung der Analogie von der ausdehnenden Auslegung.

Wichtig ist dagegen die scharfe Abgrenzung der Gesetzesanalogie von der ausdehnenden Auslegung, wie sie von der h. M. gefordert

[1] Kohler in Arch. f. R. u. W. Phil. Bd. 11 S. 2.
[2] so auch Wächter, Arch. Crim. R. 1844 S. 425/26; Wachenfeld S. 42.
[3] dagegen Schütze § 17.

wird[1]. Zunächst ist festzustellen, daß sprachlich Auslegung (interpretatio) als Oberbegriff für Analogie und Auslegung im engeren Sinne, d. h. Klarlegung des wirklichen Gesetzesinhalts aufgestellt werden kann[2]). Hier handelt es sich jedoch lediglich um die beiden Unterbegriffe und deren Unterscheidung. — Die Analogietätigkeit besteht, wie oben ausgeführt, in der Ausfüllung einer Gesetzeslücke. Durch ausdehnende Auslegung kann dagegen nie eine Lücke im Gesetz beseitigt werden. Sie hat vielmehr nur da einzugreifen, wo das Wort nicht im ganzen Umfang Träger des ihm innewohnenden Gedankens ist. Der Unterschied zwischen beiden liegt also darin, daß die Analogie stets über das geschriebene Gesetz hinausgeht, die ausdehnende Auslegung sich aber streng innerhalb seiner Schranken halten muß. Es ist also die Behauptung Eicks abzulehnen, Aufgabe der extensiven Auslegung sei, ein Gesetz auf die Fälle auszudehnen, die wegen Gleichheit des im Gesetz genannten Grundes die gleiche Behandlung zu erfahren hätten[3]. Eick unterscheidet selbständig bestehende Prinzipien[4] und im Gesetz ausgesprochene Prinzipien. Auf Grund dieser Unterscheidung kommt er zu einer der h. M. ganz fremden Abgrenzung zwischen Analogie und Auslegung. Er rechnet die Anwendung von im Gesetz ausgesprochenen Grundsätzen noch zur ausdehnenden Auslegung[5]. Er übersieht dabei, daß nicht nur das „Objekt der Tätigkeit“ verschieden ist[6], daß vielmehr auch Voraussetzung und Erfolg des Tätigwerdens verschieden sind: der Analogieschluß setzt eben eine Lücke voraus, die durch ihn ausgefüllt wird; durch Auslegung wird klargestellt, welche Fälle tatsächlich unter die betreffende Gesetzesbestimmung fallen[7].

Die Grenze zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung ist da zu ziehen, wo das positive gesetzte Recht endet, und wo die sich auf das aus dem Gesetz gewonnene Prinzip gründende, aber über das Gesetz hinausgehende Rechtsanwendung für den Einzelfall beginnt. Wer diese Grenze übersieht oder leugnet, kommt zu einer Vermischung beider Begriffe, der gegenüber auch die Feststellung eines wesentlichen Unterschiedes „auf dem Boden philologischer Auslegung“[1] nichts zu bedeuten hat.

---

[1] s. z. B. v. Bar, Ges. u. Sch. I S. 15; Merkel H. H. II S. 68; Eick a. a. O. S. 19; Enneccerus § 53 II, 2; RGRK § 2 Nr. 7; Binding, Handb. I S. 215; Hepp, Arch. Crim. R. 1846 S. 102 ff.; Wächter, ebd. 1844 S. 417 ff.; Kohler, Leitfaden § 15; Wachenfeld S. 43/44.

[2] siehe dazu Wächter, a. a. O. S. 419. — [3] a. a. O. S. 23. — [4] s. o. S. 5. [5] a. a. O. S. 23/24. — [6] a. a. O. S. 24. — [7] so h. M.

Eine andere, im Anschluß an die Feststellung des Unterschieds zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung zu erörternde Frage ist, ob man neben der die Gesetze ergänzenden Analogie von einer sog. interpretativen Analogie sprechen kann[2]. Diese Ausdrucksweise ist m. E. zwar möglich und dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend, jedoch ungenau. Auf jeden Fall gehört diese der Gesetzesauslegung dienende Analogie zu der sich im Rahmen der Gesetze haltenden Auslegung[3,4]. Der Sinn einer Gesetzesbestimmung wird durch Vergleich mit einer entsprechenden Stelle (also „analog" nach gewöhnlichem Sprachgebrauch) gefunden. Die Entscheidung stützt sich alsdann aber nicht lediglich auf ein durch Analogieschluß gefundenes Prinzip, sondern gerade auf die so erklärte gesetzliche Vorschrift.

§ 5. Abgrenzung der Analogietätigkeit von der freien Rechtsfindung (Freirechtsschule).

Wichtig ist auch die scharfe Unterscheidung zwischen richterlicher Analogietätigkeit und freier Rechtsfindung durch den Richter. Mit Manigk[5] ist davon auszugehen, daß die Gesetzestreue und die freirechtliche Methodenlehre sich dadurch unterscheiden, daß erstere die Frage: „Wodurch erlangt der Richter die rechtliche Möglichkeit zur Berücksichtigung außerpositiver Werte?", damit beantwortet, daß diese Möglichkeit dem Richter nur durch das Gesetz selbst gewährt werden könne, während die Vertreter der sog. Freirechtsschule den Richter nach zwei Richtungen von der Gesetzesgebundenheit befreien wollen. Sie gestehen ihm die Befugnisse zu, erstens die Gesetze unbegrenzt zu ergänzen, und zweitens, die Gesetze in besonderen Fällen sogar abzuändern.

Von dem Gesetze abweichen muß nach Ansicht der Vertreter der Freirechtsschule der Richter dann, „wenn das Gesetz wichtige Interessen der Allgemeinheit so schwer verletzt, daß die Abänderung unumgänglich notwendig ist"[6], oder „wenn die gesetzliche Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt in Wider-

[1] so Eick a. a. O. S. 23.

[2] so Merkel in H. H. II S. 76; Eick a. a. O. S. 20. M. E. Mayer, Lehrbuch S. 27 („Analogie intra legem"); Oppenhoff § 2 Nr. 3.

[3] so auch Heinze S. 21.

[4] dagegen Binding S. 218, Handbuch I.

[5] in „Formalismus und Freirechtsschule" in Handwörterbuch d. Rechtswissensch. Bd. II. S. 485.

[6] so Stampe, D. J. Z. 1905 S. 1013 ff.

spruch steht, daß durch Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein werde, als durch deren Außerachtlassung“ [1], oder wenn „gegenüber dem Gewicht der Verletzung, das die Verfolgung der Tradition für den andern Teil bedeuten würde, die Abweichung von der bisherigen Übung als die erträglichere Verletzung erscheint“ [2]. Bei diesen Forderungen ist aber außer Acht gelassen, „daß schon das Dasein einer allgemein gültigen Norm, ganz ohne Rücksicht auf ihren sachlichen Rückhalt, ein unermeßlich höherer sozialer Lebenswert ist als der in concreto im Kopf des Richters auftauchende abweichende Rechtsgedanke, für dessen Höherbewertung es keinen objektiven Maßstab gibt“ [3].

Gegenüber den Lücken im Gesetz hat nach freirechtlicher Anschauung der Richter nach der Natur der Sache zu entscheiden. Er hat, unter Abwägung der Interessen, „die derzeit richtige, kulturgemäße Entscheidung zu fällen“ [4]. Worin liegt nun der Unterschied einer so gearteten richterlichen Tätigkeit von derjenigen Tätigkeit, die der Richter bei Fällung einer analogen Entscheidung zu entfalten hat? Es ist dabei im Auge zu behalten, daß unter Analogie zu verstehen ist die Fortbildung des Gesetzes im Einzelfalle in der Weise, daß ein aus dem Gesetz gewonnenes Prinzip Anwendung findet auf einen dem im Gesetz geregelten Fall rechtsähnlichen Fall. Die Analogie besteht also ebenfalls in einer Rechtsfindung.

Die Analogietätigkeit ist aber nicht nur eine Art der freien Rechtsfindung, bei der die Interessenwertung zu dem Ergebnis kommt, der zu regelnde, im Gesetz aber nicht geregelte Fall sei um deswillen entsprechend einem im Gesetz bereits geregelten Falle zu entscheiden, weil hier „das öffentliche Interesse an möglichst einfacher, kontinuierlicher Fortbildung der Rechtsordnung als überwiegend der Berücksichtigung wert zu erachten sei“ [5], sie ist vielmehr gerade keine freie Rechtsfindung, sondern an das Gesetz und seine Prinzipien gebundene Rechtsfindung. Sie kann nur bei Vorliegen zweier Voraussetzungen eingreifen: es muß erstens das Prinzip, aus dem die Konsequenz gezogen werden soll, im Gesetz verankert und erkennbar zum Ausdruck gebracht sein, und zweitens muß der zur Entscheidung vorliegende Fall dem im Gesetz geregelten Falle gleich gelagert sein.

---

[1] so Reichel a. a. O. S. 142. — [2] so Jung a. a. O. S. 32.

[3] so Manigk in Handw. d. Rechtswissensch. Bd. II, S. 477.

[4] so Reichel a. a. O. S. 110.

[5] so Stampe, D. J. Z. 1905 S. 713 ff., im Ergebnis auch Reichel a. a. O. S. 103.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so steht es nicht im Vermögen des Richters, die nach seiner Ansicht im Gesetz gelassene Lücke auszufüllen. Die Freirechtsschule dagegen verleiht dem Richter die unbeschränkte Befugnis, die Lücken des Gesetzes auszufüllen. Er hat sich, wenn nach seiner Ansicht eine Lücke im Gesetze vorliegt, die Frage vorzulegen, „welche generelle, als allgemeingültig gedachte Regelung dieses Falles den Postulaten der Gerechtigkeit und den Bedürfnissen der Zeit und der sozialen Gemeinschaft entspricht“ [1]. Er wird also verwiesen auf seine subjektive Überzeugung, und zwar in doppelter Hinsicht: erstens gegenüber der Frage, ob im Einzelfall eine durch freie Rechtsfindung auszufüllende Lücke vorliegt, und zweitens gegenüber der Frage, welcher Art die Entscheidung des im Gesetz nicht geregelten Falles sein muß.

Der Unterschied zwischen Analogietätigkeit und freier Rechtsfindung liegt also darin, daß sich die Analogieentscheidung immer, wenn auch indirekt, auf das einzelne Gesetz oder das positive Recht stützt, mithin gesetzesorientiert ist, während die Entscheidung gemäß „der Natur der Sache“ lediglich fundiert ist in subjektiver, wenn auch noch so pflichtmäßiger Überlegung des Einzelrichters.

Dagegen, daß der Richter, dort, wo es gilt, Lücken des Gesetzes durch Rechtsfindung für den Einzelfall auszufüllen, lediglich auf „die Postulate der Gerechtigkeit und die Bedürfnisse der Zeit“ verwiesen wird, läßt sich folgendes einwenden: es muß davon ausgegangen werden, daß nicht das, was der Einzelne für Recht hält, auch wirklich Recht ist, sondern nur das, was durch die menschliche Gemeinschaft als Recht anerkannt und zum Ausdruck gebracht worden ist [2]. Je größer diese menschliche Gemeinschaft ist, desto dringender wird das Bedürfnis nach einer objektiven Fassung des Rechts: es muß sein Inhalt allen Rechtsgenossen bewußt werden können; denn das Recht soll neben der Erfüllung der Forderungen von Sittlichkeit und Gerechtigkeit vor allem der Ordnung der menschlichen Gemeinschaft dienen. Entsprechend dieser Forderung nach einem den Rechtsgenossen bewußten Inhalte des Rechts muß aber auch die Tätigkeit des Richters in jedem einzelnen Fall so geartet sein, daß der Rechtsgenosse das Ergebnis der richterlichen Entscheidung an dem ihm bewußten Inhalt der Rechtssätze messen kann. Der Richter darf also nicht

---

[1] so Reichel a. a. O. S. 110.

[2] siehe dazu Manigk, „Wie stehen wir zum Naturrecht“? S. 35 (Windscheid).

mehr an außerpositiven Werten zu seiner Entscheidung heranzuziehen, als was ihm das in seinem Inhalte den Rechtsgenossen bewußte Gesetz an die Hand gibt. Das Gesetz muß somit selbst angeben, wie weit der Richter bei der Entscheidung frei gestellt sein soll. Es gilt also nicht, den Richter möglichst von der Gesetzesgebundenheit zu befreien, sondern nur, dem Richter eine richtige Methode der Gesetzesanwendung vorzuschreiben, wobei zu beachten ist, daß das Gesetz selbst auf die Verwertung außerpositiven Stoffes verweist[1]. Nur in diesem Falle darf der Richter über das geschriebene Gesetz hinausgehen, geleitet von dem Gesetze selbst, nicht von subjektiver Anschauung über das zur Zeit „Richtige, Gerechte, Kulturgemäße, Heilsame“[2].

Aus diesem Grunde ist dem Richter, soweit das einzelne Gesetz dies nicht ausdrücklich ausschließt, die Möglichkeit gegeben, Lücken des Gesetzes auszufüllen. Er darf dies nur innerhalb der im positiven Recht zum Ausdruck gekommenen Prinzipien, nicht aber darf er auch ohne diese positiv-rechtlichen Anhaltspunkte aus dem subjektiven Gerechtigkeitsgefühl heraus eine Entscheidung fällen.

Der Richter darf also dann, wenn das Gesetz keine auf den vorliegenden Fall direkt zutreffende Bestimmung enthält, seine Entscheidung stützen auf Analogie, niemals aber nur auf seine subjektive Überzeugung darüber, was im Einzelfalle gerecht und billig ist.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Die Analogietätigkeit besteht in einer Fortbildung des Gesetzes. Sie bedeutet die Anwendung eines im Gesetz nicht enthaltenen Rechtssatzes, der sich aber entweder aus gleichgelagerten Bestimmungen (Gesetzesanalogie) oder aus der Tendenz des ganzen Gesetzes (Rechtsanalogie) ergibt, und zwar seine Anwendung auf einen konkreten Fall, für den das Gesetz zwar eine ausdrückliche Bestimmung nicht enthält, wohl aber Regelung für einen ähnlichen Fall.

---

[1] siehe dazu Manigk, Handw. d. Rechtswissensch. Bd. II S. 481.
[2] so Reichel a. a. O. S. 110.

B. Die Analogie im Strafrecht.

§ 6. Auslegung des § 2 Abs. I StGb im Sinne eines Analogieverbotes.

Wir kommen nun zu der Frage, welche Bedeutung die Analogie im Strafrecht hat. Es ist zunächst festzustellen, daß die Grundsätze über Analogie und Auslegung für jedes Rechtsgebiet dieselben sind. Es gelten also auch im Strafrecht die allgemeinen Regeln über Auslegung und Analogie [1]. Dies schließt aber nicht aus, daß auf dem Gebiet des Strafrechts Ausnahmen von dieser Regel festgelegt werden. Eine solche Ausnahmebestimmung enthält nach h. M. § 2 I StGb [2]. Aus dem Wortlaut des § 2 I StGb. allein ist ein Analogieverbot nicht zu entnehmen. Es gilt, diesen Paragraphen auszulegen, den dieser Bestimmung innewohnenden Gedanken zu finden. § 2 I StGb. fordert eine für die Handlung vor Begehung der Tat gesetzlich bestimmte Strafe. Nach h. M. entspricht es dem vernünftigen Sinn dieser Vorschrift, den Wortlaut „gesetzlich bestimmt" als Ausdruck eines Analogieverbotes aufzufassen. Vereinzelt wird allerdings auch die Ansicht vertreten, § 2 I StGb habe eine dahingehende Auslegung nicht zu erfahren. In erster Linie haben sich Vertreter der Freirechtsschule auf diesen Standpunkt gestellt. Im Interesse der Individualisierung der strafrechtlichen Rechtsprechung wird größere Freiheit des Richters verlangt. Hiermit in Widerspruch stehe aber die Gebundenheit des Richters bei der Entscheidung, ob die Tat eine strafbare sei oder nicht. Es wird behauptet, erst die positivistische Auslegung habe das Analogieverbot in den § 2 I StGb „hineingeheimnißt" [3]. Dieses entspreche nicht dem „Normalsinne" des § 2 I StGb. Der Schwerpunkt dieser Bestimmung liege vielmehr in der Festsetzung der Geltungsdauer des Strafgesetzes. Darüber hinaus enthalte § 2 I StGb noch als positiv-gesetzliches Gebot den Satz, die Strafbarkeit einer Handlung müsse gesetzlich bestimmt sein, dürfe also nie auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes begründet werden. Das Verbot analoger Gesetzesanwendung könne, müsse

---

[1] so auch z. B. v. Bar, Ges. u. Sch. I S. 14; Wächter, Arch. Crim. R. 1844 S. 414; Merkel in H. H. II S. 67; Feuerbach-Mittermeier § 75 a; Kohler, Leitfaden § 15; Beling, Grundzüge § 4 IV; Meyer-Allfeld S. 74.

[2] a. A. Schütze, Lehrb. § 17 Anm. 8, bezieht § 2 I lediglich auf die zeitlichen Grenzen des StGb.

[3] so Rumpf in Goltd. Arch. 60 S. 170 ff.; Exner a. a. O. S. 50.

aber nicht aus § 2 I StGb entnommen werden[1]. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: stellt man sich auf den hier vertretenen Standpunkt, die Analogie gehe über das Gesetz hinaus, so muß der Wortlaut „gesetzlich bestimmt“ dahin ausgelegt werden, daß nicht nur die gewohnheitsrechtliche, sondern auch die analoge Begründung der Strafbarkeit ausgeschlossen ist.

§ 7. Die verschiedenen Ansichten über den Umfang dieses Analogieverbotes.

Wenn sich auch die h. M. auf den Standpunkt stellt, der vernünftige Sinn des § 2 I StGb umschließe ein Analogieverbot, so herrscht doch über Umfang und Tragweite dieses Analogieverbotes lebhafter Streit. Fast unbestritten ist, daß durch § 2 I StGb die analoge Aufstellung von Strafdrohungen untersagt ist. Darüber, ob und in welchem Umfange die Verwendung auf analogem Wege gefundener Resultate außerdem als nach § 2 I StGb unzulässig zu erachten ist, bestehen die verschiedensten Ansichten. Sie sind im folgenden kurz zu erörtern.

Zunächst wird die Ansicht vertreten, die Anwendung von Analogie sei im ganzen Gebiete des Strafrechts ausgeschlossen, sowohl zum Zwecke der Strafbegründung als auch zum Zwecke der Freisprechung[2]. Ausgehend von der Annahme der Geschlossenheit des heutigen StGb wird die Möglichkeit jeglicher Analogietätigkeit zur Ausfüllung von Lücken geleugnet[3]. Da wir aber oben die Lückenhaftigkeit jedes Gesetzes, auch des StGb dargetan haben, müssen wir, von einem anderen Standpunkte ausgehend, auch zu einem andern Resultate kommen. Auch die Auffassung, die Tatsache des völligen Analogieverbotes erhelle aus dem Umstand, daß im StGb jede ausdrückliche Ermächtigung zu ihrer Anwendung fehle, kann, da eine Begründung dieser Stellungnahme fehlt, nicht als durchschlagend erachtet und darum nicht geteilt werden.

Auch M. E. Mayer[4] behauptet einen sehr weitgehehenden Ausschluß der Analogie im Strafrecht. Er lehnt die h. M., durch

---

[1] siehe Rumpf, a. a. O. S. 181/182, der jedoch weder die Lückenhaftigkeit des Gesetzes von der Mehrdeutigkeit der einzelnen Gesetzesbestimmung noch die Analogie von der Auslegung scharf trennt.

[2] so z. B. Schütze, Lehrb. § 17; Gold. Mat. I S. 55; Meves in Goltd. Arch. 37 S. 403, 407 und 408; Schwarze, Kommentar S. 29 (mindestens bezügl. der Rechtsanalogie).

[3] so Schwarze, Kommentar S. 29. — [4] Lehrbuch S. 27 ff.

Analogieschluß dürfe ein Strafanspruch nicht begründet, wohl aber verneint werden, ausdrücklich ab[1]. Nach seiner Ansicht ist nur Analogie „intra legem“ zulässig. Dieses stellt aber, wie oben dargetan, eine Auslegungsart dar. M. E. Mayer führt denn auch als Beispiele erlaubter „Analogie“ in der Hauptsache Fälle an, in denen nicht eine Lücke, sondern durch Auslegung zu behebende Unbestimmtheit des Gesetzes vorliegt[2]. Wenn er aber Analogie als „Hilfsmittel systematischer Interpretation“ heranzuziehen für erlaubt hält, so ist nicht ersichtlich, womit er beweisen will, daß in diesem Fall nur eine Analogie „intra legem“ vorliege. Der Ausspruch: „durch Analogieschluß (dem Anstifter § 46) die Wohltat der Strafbefreiung zu sichern, heißt, durch systematische Interpretation den Willen des Gesetzes zu ermitteln“, spricht eher für als gegen die Tatsache, daß hierbei über das Gesetz hinausgegangen wird. M. E. Mayers Systematik ist also nicht klar erfaßbar und deshalb für die Feststellung des Umfangs des Analogieverbots auf dem Gebiet des Strafrechts mit Erfolg nicht zu verwerten.

Nach Ansicht Merkels[3] ist Voraussetzung der Analogie zweierlei: Erstens eine Lücke in dem Sinne, daß die Durchführung bestimmter rechtlicher Vorschriften die Entscheidung einer innerhalb des positiven Rechts nicht entschiedenen prinzipiellen Frage voraussetzt. Zweitens muß eine auf diese prinzipielle Frage passende, obgleich durch das Gesetz nicht darauf bezogene Rechtsvorschrift vorhanden sein. Merkel versteht unter einer zur Analogie zwingenden Lücke also etwas anderes als die gem. Meinung und kommt somit ebenfalls zu einem sehr weitgehenden Ausschluß der Analogie. Der Ansicht Merkels ist aber folgendes entgegenzuhalten: Er faßt den Begriff der Lücke zu eng. Gibt man diesem Begriff aber eine umfassendere Bedeutung und erkennt man die Analogie als Mittel zur Ausfüllung dieser Lücken an, so muß, soll nicht ihre Anwendung unbeschränkt zulässig sein, ein positiv rechtliches Analogieverbot vorhanden sein. Der Ausschluß der Analogie ist also nichts Selbstverständliches (wie Merkel behauptet), er kann sich vielmehr nur aus der gesetzlichen Regelung in § 2 I ergeben. Im Gegensatz zu diesen die Analogie auf dem Gebiete des Strafrechts gänzlich oder doch sehr weitgehend

---

[1] a. a. O. S. 27 Anm. 16.

[2] z. B. gesetzlicher Verweis auf ähnl. Fälle oder Entdeckung des Sinns der Gesetzesbestimmung gegenüber ihrem zu engen Wortlaut.

[3] in H. H. II S. 67 ff.

ausschließenden Anschauungen vertritt die h. M. die Auffassung, § 2 I enthalte ein Analogieverbot nur bezüglich (der Tatbestandsbildung und) der Festsetzung von Straffolgen. In allen anderen Richtungen ist nach dieser Auffassung Analogieanwendung auch auf dem Gebiet des Strafrechts erlaubt und geboten [1]. Für diese Ansicht werden, soweit sie überhaupt besonders begründet wird, verschiedene Begründungen gegeben. Nicht geteilt werden kann der Standpunkt, das StGb erhebe zwar den Anspruch der Vollständigkeit und Lückenlosigkeit, erhebe diesen Anspruch aber nur im Interesse der Rechtssicherheit des Einzelnen, und aus diesem Grunde sei die Analogie unzulässig da, wo sie zur Bestrafung einer im Gesetz nicht mit Strafe belegten Handlung führe [2]. Es ist vielmehr auszugehen davon, daß auch das StGb ebensowenig wie jedes andere Gesetz den Anspruch der Vollständigkeit erheben kann, auch nicht bezüglich der Feststellung, welche Handlungen strafbar sind und welche nicht. Vielmehr wohnt ganz im Gegenteil jeder rechtlichen Regelung das Streben nach Vollständigkeit inne, und entsprechend diesem typischen Streben darf die Strafrechtswissenschaft auf Analogietätigkeit nicht verzichten [3], wobei jedoch zu beachten ist: bezüglich der Strafe verbietet nach h. M. das StGb die Ausfüllung der Lücken durch Analogietätigkeit. Diesen Anspruch bringt § 2 I zum Ausdruck.

Nach anderer Ansicht [4] ist die Analogie nur da statthaft, wo anzunehmen ist, daß das Gesetz prinzipiell handelt. Bei der Strafsanktion handelt es nach dieser Ansicht aber niemals prinzipiell. Es wird dies gefolgert aus der subsidiären Natur des Strafrechts (dagegen behauptet mit Recht v. Hippel [5], daß zwar die Strafe, nicht aber das Strafrecht selbst einen akzessorischen Charakter habe. Sowohl historisch als dogmatisch ist das Strafrecht ein selbständiger, gleichberechtigter Teil der Rechtsordnung neben den anderen Rechtsgebieten). Soviel ist aber richtig: die einzelne Strafbestimmung beruht auf jeweiligen positiven Erwägungen und kann daher nur

---

[1] so z. B. Binding, Handbuch I S. 218, 219; ders., Grundriß S. 69; Beling, Lehre v. V. S. 20/21; v. Bar, Gesetz u. Sch. I S. 15; ders. in Ger. S. 40, S. 432; Olsh. § 2 Nr. 4; Liepmann, Vgl. D. B IV, 343; Wachenfeld S. 44; RGRK § 2 Nr. 7; Kohler, Leitfaden § 15; Meyer-Allf. S. 74 75; Finger S. 182; Olshausen § 2 Nr. 4; Liszt-Schm. § 18, 2, dessen Ausführungen allerdings insofern widerspruchsvoll sind, als er, obwohl von der Annahme der Vollständigkeit und Ausschließlichkeit des StGb ausgehend, dennoch Analogie zur Beseitigung und Milderung der Strafe nur auf dem Gebiete der allgem. Strafrechtslehre zuläßt. Oppenhoff, Das StGb § 2 Anm. 3; Frank § 2, I 2.

[2] so v. Bar, Ges. u. Schuld Bd. I S. 14/15. — [3] so Krengel a. a. O. S. 25.

[4] so Kohler, Leitf. § 15. — [5] Deutsches Strafrecht Bd. I S. 31.

auf die tatbeständige Handlung, niemals aber nur analog angewandt werden. Eine Begründung, weshalb das Gesetz bezüglich der Strafsanktionen nie prinzipiell handelt, ist zu vermissen. Es heißt dies m. E., den ersten Schritt vor dem zweiten machen: erst wenn wir uns über Wert und Ziel des Erfordernisses gesetzlich bestimmter Strafdrohungen klar geworden sind, können wir zur Feststellung kommen, daß das Gesetz bezüglich der Strafandrohung nicht prinzipiell handelt.

Die Behauptung, im Gebiete des StGb sei nur eine dem Täter günstige Analogie zulässig, wird auch damit begründet, daß im Strafrecht in Zweifelsfällen der aus dem römischen Recht stammende Satz „in dubio mitius" zu gelten habe, und zwar aus der allgemeinen Erwägung heraus, daß belastende und beschränkende Maßregeln ohne bestimmte gesetzliche Begründung nicht Anwendung finden dürfen. Es sei dies ein Gebot der Rechtssicherheit des Bürgers[1]. Im Ergebnis ist dieser Ansicht zuzustimmen.

§ 8. Eigene Stellungnahme.

Im Folgenden gilt es, eine eigene Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten über den Umfang des Analogieverbots im Strafrecht zu gewinnen. Es ist, wie bereits festgestellt wurde[2], allein § 2 I StGb zum Ausgangspunkt der Erörterungen zu machen. Es muß diese Gesetzesbestimmung ausgelegt werden.

Aufgabe der Auslegung (im engeren Sinne) ist es, den erklärten Willen des Gesetzgebers gegenüber dem unvollkommenen Ausdruck, den er im Gesetz gefunden hat, festzustellen[3]. Der Wille des Gesetzgebers wird hier nicht verstanden als Wille des historischen Gesetzgebers im Sinne von etwas Gewesenen, sondern im Sinne eines „auf Wollen gerichteten Seins"[4], also im Sinne eines entwicklungsfähigen Willens. Die Materialien können dabei nur in sofern berücksichtigt werden, als der aus ihnen zu entnehmende Wille des Gesetzgebers im Gesetz selbst, wenn auch unvollkommen zum Ausdruck gekommen ist.

Ausgehend vom Wortlaut und dessen Deutung nach allgemeinem und rechtlichen Sprachgebrauch, gilt es, die historische Entwicklung

---

[1] so Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 74. — [2] siehe oben S. 12 ff.

[3] so auch Enneccerus, Bd. I § 49; Savigny Bd. I S. 230.

[4] siehe dazu Manigk, Formalismus und Freirechtsschule in Handw. d. Rechtsw. Bd. II S. 488, ebenso das. Bd. I S. 432; Schwinge a. a. O. S. 58, R. G. 12 S. 372; R.-G. 47 S. 407; Binding, Handb. Bd. I S. 455.

der Bestimmung zu erforschen und weiter die Bestimmung in Beziehung zu setzen einmal mit dem ganzen Gesetze in seinem Sinnzusammenhange und ferner mit den die Zeitbestimmung beherrschenden Grundgedanken, die Niederschlag in dem Gesetze gefunden haben. Darüber hinaus hat eine Prüfung des vernünftigen Zwecks der Bestimmung zu erfolgen, denn die Auslegung hat auf jeden Fall zu einem vernünftigen, mit dem Stand der Kultur und den Anforderungen des Gesellschaftslebens in Einklang stehenden Ergebnis zu führen.

Unter diesen Gesichtspunkten ist im folgenden die Vorschrift des § 2 I StGb. zu betrachten.

I.

Was kann zunächst aus dem Wortlaut dieser Bestimmung entnommen werden?

§ 2 I StGb verbietet erstens die analoge Verhängung von Strafen — „gesetzlich bestimmte Strafe" —. Hierin liegt zugleich die Forderung einer tatbestandsmäßigen Handlung, da sich nach geltendem Strafrecht eine Bestrafung lediglich an die Verwirklichung eines der im Gesetz erschöpfend aufgezählten Deliktstatbestände knüpfen kann. Wenn dem Wortlaut des § 2 I StGb die Bedeutung, unter „gesetzlich bestimmt" falle das Verbot analoger Festsetzung von Straffolgen, unter „Handlung" dasjenige analoger Aufstellung von Verbrechenstypen [1], beigelegt wird, so ist dem entgegenzuhalten, daß das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit sich nicht aus der Wortinterpretation des § 2 I StGb herleitet, daß es vielmehr eine sich aus Natur und Aufbau unseres StGb ergebende Selbstverständlichkeit darstellt.

Aus dem Wortlaut „wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war" kann zweitens herausgelesen werden das Verbot analoger Anwendung von Strafenerhöhungsgründen sowohl als von Strafausschließungs- und Milderungsgründen [2]. Im Auge ist dabei zu behalten, daß die Auslegung zu einem vernünftigen Sinne zu kommen hat. Es fragt sich also, liegt der vernünftige Sinn des § 2 I StGb in einer so weit gehenden Beschränkung richterlicher Tätigkeit, oder schließt dieser Sinn gerade eine so umfassende Auslegung aus, und wo ist die Grenze zu ziehen? Zu welchem Ergebnis gelangt man bei Prüfung der anderen der Auslegung zu Gebote stehenden Faktoren?

[1] so Beling, Lehre v. Verbr. S. 20 ff. — [2] so Merkel in H. H. Bd. II S. 84.

II.

Nach der in Goltdammers Materialien zum StGb[1] angegebenen Entstehungsgeschichte des § 2 I StGb sollte zuerst das Analogieverbot eine wörtliche Aufnahme in die Bestimmung finden. Dies unterblieb aber deshalb, weil man ein solches als vom jetzigen Wortlaut des § 2 I StGb mitumfaßt ansah. Goltdammer zieht in Zweifel, ob durch die Fassung dieser Vorschrift die Absicht bezüglich des Ausschlusses der Analogie tatsächlich Ausdruck gefunden habe: nur der erklärte Wille könne maßgebend sein! Daß das Analogieverbot hinsichtlich der Strafdrohung zweifellos als vom Wortlaut des Paragraphen mitumfaßt zu gelten hat, wurde oben schon festgestellt. Es bleibt also nur noch zu prüfen, ob die Bestimmung auch zum Träger eines weitergehenden Analogieverbots gemacht werden kann.

Zunächst ist nur auf die geschichtliche Entwicklung des Verbots einzugehen. Der zuerst von Feuerbach in diese Form gebrachte Satz „nulla poena sine lege" hat zwei Quellen[2]. Erstens gründet er sich auf die von Montesquieu aufgestellte Lehre von der Trennung der Gewalten. Diese Lehre wendet sich gegen den das 18. Jahrhundert beherrschenden Zustand größter Rechtsunsicherheit und richterlicher Willkür. Sie setzt ein umfassendes Gesetz voraus, das für alle Fälle eine passende positiv-rechtliche Regelung enthält. Die Forderung eines solchen vollkommenen Gesetzes stellte sich aber als unerfüllbar heraus. Nur das Verlangen nach gesetzlich bestimmter Strafe erwies sich als haltbar. Zur vollen Anerkennung gelangte die Forderung in dieser Beschränkung durch die französische Revolution.

Zweitens steht der Satz „nulla poena sine lege" geschichtlich im Zusammenhang mit der von Feuerbach vertretenen psychologischen Zwangstheorie. Nach Feuerbach[3] ist der Zweck der Strafdrohung Abschreckung aller von der Begehung von Rechtsverletzungen. Jeder muß wissen, auf seine bestimmt geartete Handlung folge ein bestimmtes Übel. Deshalb muß nach Feuerbach die Strafe gesetzlich bestimmt sein. Dieser Grundsatz fand zuerst seinen klaren Ausdruck in Art. 1 des Allgemeinen StGb für das Königreich Bayern von 1813. Anfang des 19. Jahrhunderts fand er dann in fast allen deutschen Partikular-Strafgesetzbüchern Aufnahme und aus diesen ist er in unser heutiges StGb übernommen worden.

---

[1] S. 53 ff. — [2] siehe dazu Binding, Handb. S. 19 ff.; Eick a. a. O. S. 14; Krengel a. a. O. S. 4 5. — [3] Lehrb. § 14.

Geschichtlich überliefert ist also das Analogieverbot nur in der Beschränkung auf das Verbot analoger Deliktsvermehrung.

III.

Weiter ist zu prüfen, welcher Sinn der Vorschrift beizulegen ist bei Berücksichtigung der die Zeit beherrschenden Ideen, die Einfluß auf die Gestaltung des StGb gewonnen haben. Es ist M. E. Mayer zuzustimmen, der behauptet, die Strafrechtsbestimmungen in ihrer heutigen Form müßten zweierlei Sinngebungen erfahren: erstens bezweckten sie Rechtsgüterschutz (Schutz des Verletzten) und zweitens Sicherheit des Handelnden (Schutz des Verletzers)[1].

Der Handelnde darf nur soweit bestraft werden, als eine gesetzliche Strafdrohung vorhanden ist. Ob diese gesetzliche Strafnormierung auch zwecks Belehrung der dem Strafrecht unterworfenen Individuen erfolgt oder nicht, kann dahingestellt bleiben[2, 3]. So viel muß aber festgestellt werden: § 2 I StGb bringt entsprechend der zweiten Sinngebung der einzelnen Gesetzesbestimmungen zum Ausdruck, daß der Täter nur dann Strafe zu erwarten hat, wenn eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung sie androht. Diese Bestimmung hat zum Ziel Sicherheit und Freiheit des Einzelnen vor im Gesetz nicht bestimmter Strafe. Darüber hinaus bezweckt sie aber nicht Schutz des Interesses des Staates an Bestrafung von Fällen, deren Straflosigkeit durch Analogie gewonnen werden kann. Aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich folgende Unterscheidung: gegenüber der Bestrafung ist Analogie ausgeschlossen; gegenüber der Strafbefreiung oder Strafmilderung kann Analogie angewandt werden (in dubio pro reo). Es ist deshalb die von Merkel vertretene Auffassung abzulehnen[4], zugunsten des staatlichen Strafrechts sei die gleiche Logik anzuwenden wie zu seinen Ungunsten.

Die hier behauptete Regelung findet ihre Rechtfertigung auch aus der Erwägung heraus, daß, wenn schon ein Mensch zum Richter eines anderen gemacht ist, er bei Aburteilung in keinem Falle ohne gesetzliche Grundlage eine dem Angeklagten ungünstige Entscheidung herbeiführen darf. Der Richter muß als ein über Menschen urtei-

---

[1] siehe dazu Lehrb. Bd. I S. 20 ff.

[2] dagegen: Binding, Handb. Bd. I S. 27 vom Standpunkt seiner Normentheorie aus.

[3] dafür: v. Bar, Ges. u. Sch. Bd. I S. 14/15; derselbe in Reform d. RStGb. Bd. I S. 38; Meyer-Allf. S. 73.

[4] in H. H. Bd. II S. 84.

lender Mensch bei der Verurteilung streng an gesetzlich normierte Tatbestände und Strafdrohungen gebunden sein. Es ist daher Binding nicht zuzustimmen, der diese Gesetzesvorschrift für unzweckmäßig hält. Mit Recht enthält auch § 1 des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen StGb von 1925 in der Bestimmung, daß die Strafbarkeit einer Tat durch Gesetz festgelegt sein muß, ein solches Analogieverbot.

§ 2 I StGb hat aber keine weitere Ausdehnung zu erfahren, als durch Statuierung des Grundsatzes, der Richter sei bezüglich der Bestrafung an die geschriebenen Gesetze gebunden, nötig ist. Eine soweit gehende Auslegung des § 2 1 StGb, daß auch die dem Täter günstige Analogie von dem Analogieverbote getroffen würde, geht über Sinn und Zweck dieser Gesetzesbestimmung hinaus.

Die hier vertretene Sinngebung steht auch durchaus im Einklang mit unseren heutigen Kulturanschauungen, mit denen im engsten Zusammenhange die Bestimmung des mit der Strafe verfolgten Zweckes steht. Dieser hatte, geschichtlich betrachtet, die verschiedensten Richtungen. Ursprünglich war die Strafe Rache des Einzelnen, dann durch den Staat geübte Vergeltung. Im Mittelalter bezweckte sie Abschreckung der andern durch „spiegelnde Strafen", sowie Unschädlichmachung des Täters. Im 17. Jahrhundert kam der Gedanke der Besserung auf. Im 18. Jahrhundert herrschte die sog. absolute Strafrechtstheorie (Bestrafung, weil verbrochen wurde). Im 19. Jahrhundert standen sich Generalpräventionstheorie (z. B. Feuerbach) und Spezialpräventionstheorie (z. B. v. Grolman) gegenüber.

Über Wert und Unwert dieser verschiedenen Theorien ist hier nicht zu entscheiden. Aus der Möglichkeit so vieler verschiedener Auffassungen ist jedoch folgendes bezüglich des Zweckes der Strafe in der Gegenwart zu entnehmen: von all diesen Zweckbestimmungen eignet der heutigen Strafe etwas. Die Frage nach ihrem Zweck kann also nicht einheitlich beantwortet werden. Der in § 2 I StGb zum Ausdruck gekommene Satz „nulla poena sine lege" kann also heute nicht mehr seine Rechtfertigung allein in der Präventionstheorie finden, aufgrund deren seine Aufnahme zunächst in die Partikularstrafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts und dann in das heutige StGb erfolgte. Es kann auf der andern Seite aber auch nicht gefordert werden eine Aufhebung des Analogieverbotes, oder, da ein solches mindestens bezüglich der Strafdrohung aus dem Wortlaut des § 2 I des StGb zu entnehmen ist, Ausdehnung

dieses Analogieverbotes auf Fälle, in denen die Anwendung von Analogie eine dem Täter günstigere Entscheidung herbeiführen würde, etwa aus dem Gesichtspunkte heraus, die Strafe bezwecke Staatsschutz und müsse deshalb überall da eingreifen, wo den Interessen des Staates entgegengehandelt wurde. So viel steht dagegen fest: der gegenwärtigen Kulturanschauung kann auf keinen Fall die Möglichkeit willkürlicher Bestrafung entsprechen. Aus diesem Grunde sind die Handlungen, die mit Strafen bedroht werden, im StGb erschöpfend aufgezählt, hiermit allein läßt sich das Analogieverbot des § 2 I des StGb erklären.

Als Ergebnis der Auslegung des § 2 I StGb ist festzustellen: Der vernünftige Sinn der Bestimmung liegt im Ausschluß der Analogie zu Lasten des Täters. In dieser Beschränkung enthält sie für das Gebiet des Strafrechts ein Analogieverbot, in jeder anderen Richtung dagegen ist auch hier die Verwendung von Analogie möglich.

II. Teil: Prüfung der Frage, ob sich die Werttheorie auf dem Boden zulässiger Auslegung hält, oder ob sie im Ergebnis zu analoger Gesetzesanwendung zu Ungunsten des Täters führt.

Im Folgenden soll unter Verwendung der im 1. Teil der Arbeit aufgestellten Leitsätze über Auslegung und Analogie und deren Abgrenzung und unter Beachtung der Tatsache, daß im heutigen Strafrecht die Verwendung auf analogem Wege gefundener Ergebnisse nie zur Begründung oder Erhöhung der Strafbarkeit führen darf, eine Auslegung des in § 242 des StGb. enthaltenen Wortlautes „dieselben sich zuzueignen“ versucht werden. Es soll festgestellt werden, welcher vernünftige Sinn diesem Wortlaute eignet, und wo die Grenze liegt gegenüber einer über das Gesetz hinausgehenden analogen Verwendung des § 242 zum Zwecke der Bestrafung einer Handlung, die unter diese Gesetzesstelle und ihre Auslegung nicht mehr fällt.

Die Fragestellung hat zu lauten: wohnt dem Diebstahlsparagraphen des heutigen StGb bei Auslegung des Wortlauts „dieselbe sich zuzueignen“ im Sinne von „die Sachsubstanz sich zuzueignen“ (Substanztheorie) ein vernünftiger, befriedigender Sinn inne, oder kann ein solcher nur gefunden werden in der Auslegung „sich dieselbe ohne ihren (wirtschaftlichen) Wert zuzueignen“ (Werttheorie)? Liegt in einer so umfassenden Sinngebung nicht etwa eine im Strafrecht unzulässige analoge Anwendung der Gesetzesbestimmung auf gleich gelagerte Vorgänge?

Ehe an die Untersuchung dieser Frage herangetreten werden kann, gilt es zuvor, den im § 242 StGb verwendeten Sachbegriff festzulegen, da der hier in Frage stehende Wortlaut notwendig zurückbezogen werden muß auf diesen Sachbegriff. Es muß also zunächst geprüft werden, welche Auslegung der Wortlaut „Sache“ zu erfahren hat. Ferner ist dieser in Beziehung zu setzen mit seinen Attributen „fremd“ und „beweglich“ und die Tatsache zu berücksichtigen, daß die zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 242 erforderliche Handlung in einem Wegnehmen, d. h. aus fremden Gewahrsam nehmen und in einen anderen (eigenen) Gewahrsam bringen, bestehen muß.

A. Auslegung des Wortlauts „fremde Sache“.

§ 9. Die Begriffsbildung im allgemeinen und die Begriffe im Recht.

Grundlage jeder wissenschaftlichen Tätigkeit, wie jeglicher menschlichen Verständigung überhaupt, ist die Festlegung von Begriffen. Diese Begriffe können zwar erklärt und ausgelegt, sie können aber nicht begründet werden. Es läßt sich daher streiten nicht über Aufstellung und Richtigkeit der Begriffe selbst, wohl aber darüber, ob sie anerkannt, allgemein verwandt und brauchbar, oder ob sie willkürlich und ohne Aussicht auf allgemeine oder doch überwiegende Anerkennung aufgestellt sind.

In Frage steht hier also nicht, ob dieser oder jener Sachbegriff richtig ist, handelt es sich doch um Grundbegriffe, die nicht wieder selbst begründet werden können (wie sich auch in der Mathematik die verwendeten Rechnungsgrößen nicht begründen lassen), in Frage steht vielmehr allein, wie der Sachbegriff beschaffen ist, der in § 242 Aufnahme gefunden hat.

In neuester Zeit hat Erik Wolf versucht, den im Strafrecht verwendeten Sachbegriff festzulegen. Der von ihm dem Sachbegriff beigelegte Bedeutungssinn kann aber nach meiner Ansicht nicht den Anspruch auf allgemeine oder doch überwiegende Anerkennung oder denjenigen der Brauchbarkeit machen. Erik Wolf legt dem Sachbegriff, wie er im Strafrecht gebraucht wird, drei Dimensionen bei. Er will ihn betrachtet wissen erstens als Kultursubstrat, zweitens als Strafrechtsbegriff und drittens als strafrechtswissenschaftlichen Begriff. Abzulehnen ist nun die Ansicht, als ob ein Begriff schon durch die Aufnahme in ein besonderes Rechtsgebiet, beispielsweise in das Strafrecht, eine spezifisch „strafrechtliche Nuance" bekomme[1]. Nicht durch den Akt der Aufnahme in das StGb erleidet der bereits vorgeformte, vielleicht sogar schon juristisch vorgeformte Begriff für sich allein eine „Beziehung auf spezifische Strafrechtswerte (-zwecke)". Wohl aber kann sich eine solche aus dem Sinnzusammenhang ergeben, in den der Begriff notwendig tritt. Es ist „das einzelne Tatbestandsmerkmal außerdem in Beziehung zu setzen zu dem Rechtsgut oder Schutzobjekt der Strafbestimmung"[2]. Es ist also zu prüfen, welcher Bedeutungssinn dem einzelnen Begriff innerhalb der einzelnen Gesetzesbestimmung zukommt, ihm zukommt insbesondere bei Berücksichtigung der ratio dieser Bestimmung. Die im Recht verwendeten Begriffe lassen sich folgendermaßen einteilen: es gibt

1. ins Recht übernommene außerrechtliche, kulturelle Begriffe,
2. ins Recht übernommene rechtlich umgeformte, eingeschränkte oder präzisierte Begriffe,
3. vom Recht erst geschaffene Begriffe.

Die rechtlich umgeformten Begriffe können entweder für das ganze Rechtsgebiet umgeformt oder innerhalb eines einzelnen Rechtsgebiets umgeformt sein.

Die innerhalb eines Rechtsgebiets umgeformten Begriffe wiederum können, müssen aber nicht in dieser Gestalt von einem Rechtsgebiet in das andere übernommen werden. Es kann auch ein Begriff innerhalb eines Rechtsgebiets anders umgeformt sein als innerhalb eines andern Rechtsgebiets.

Die vom Recht geschaffenen Begriffe werden dagegen in der Regel für alle Rechtsgebiete die gleiche Form haben.

Die in das Recht übernommenen Begriffe bleiben zunächst auch innerhalb desselben naturwissenschaftliche, wirtschaftliche, künstlerische

---

[1] a. a. O. S. 46. — [2] so Schwinge, a. a. O. S. 22.

usw. Begriffe, wobei allerdings zu beachten ist, daß unter Umständen ein Begriff innerhalb des Rechts nur in beschränkterem Ausmaße Verwertung finden kann, wie entsprechend das Recht nur einen Teil der Kultur ausmacht. Es ist Radbruch[1] darin zuzustimmen, daß fast niemals eine „unbesehene“ Übernahme eines Begriffs in das Recht möglich ist. Das Recht regelt die Beziehungen der Menschen untereinander, es gilt den Menschen in ihrem Zusammenleben. Aus diesem Grunde können z. B. innerhalb des Rechts nur Begriffe eine Rolle spielen, die mindestens auf zwei Menschen beziehbar sind, es scheiden also beispielsweise die bloßen Denkformen von Begriffen („soziologische Sinnvorstellungen“[2]) aus.

Diese kulturell vorgeformten Begriffe, die aber im Rechte, dessen Natur entsprechend, nur im beschränkten Ausmaße Verwendung finden können, sind zu unterscheiden von den Begriffen, die durch ausdrückliche Umformung zu spezifisch juristischen Begriffen geworden sind. Der Unterschied liegt darin, daß letztere aus praktischen Rücksichten willkürlich durch eine besondere Gesetzesbestimmung abgegrenzt werden, daß sich diese Abgrenzung aber nicht aus dem Wesen des Rechts ohne weiteres ergibt.

Diese Betrachtungen, angewandt auf den Sachbegriff des § 242 StGb, ergeben folgendes: der Sachbegriff ist keineswegs ein vom Recht erst gebildeter Begriff, ihm liegt vielmehr ein außerrechtlicher, kultureller Sachbegriff zugrunde. Es gilt also, diesen Kulturbegriff „Sache“ zu erläutern und die Grenzen seiner Verwendungsmöglichkeit im Rechte festzustellen. Dann muß geprüft werden, ob er unverändert in das StGb Aufnahme gefunden hat oder aber, ob eine rechtliche Präzisierung durch das StGb selbst oder auch auf einem andern Rechtsgebiet mit Wirkung für das StGb stattgefunden hat. Alsdann muß festgestellt werden, in welcher Form der Sachbegriff in § 242 verwendet ist. Diese Feststellung kann getroffen werden bei Berücksichtigung des Sinnzusammenhangs, in den der Sachbegriff innerhalb dieser Gesetzesbestimmung tritt. Ausgehend von der Frage: „welcher vernünftige Zweck wohnt dieser Strafbestimmung inne?“ und deren Beantwortung gelangt man zu der Feststellung, welcher vernünftige Sinn dem Sachbegriff des § 242 StGb allein innewohnen kann.

Auf jeden Fall ist die Auffassung nicht zu teilen, daß der Sachbegriff schon durch den Akt der Aufnahme in das StGb an und

---

[1] a. a. O. S. 201. — [2] so Erik Wolf.

für sich eine „spezifisch strafrechtliche Eigenart“ bekommt (vgl. auch oben S. 23). Es kann nicht von der ratio legis eines Begriffs für sich allein gesprochen werden, erst in dem Zusammenhang, in den der Begiff tritt, kann diese gefunden werden.

§ 10. Die außerrechtliche Grundlage des Sachbegriffs. Der allgemeine Sprachgebrauch.

Dem Kulturbegriff „Sache“ eignet nach Ansicht Wolfs dreierlei: einmal objektives Fürsichbestehen, weiter kulturelles Dasein in dem Sinne, daß nur das von Menschenhand Geschaffene und Umgeformte unter das Kultursubstrat „Sache“ fällt, und drittens Beherrschtheit vom Menschen. Hierzu ist zu sagen: sprachgeschichtlich betrachtet ist der allgemeine kulturelle Sachbegriff nicht, wie Erik Wolf unterstellt, anzusehen als Unterbegriff von Gegenstand i. S. von dem Menschen Entgegenstehendem, objektiv Fürsichseiendem, und zwar als Unterbegriff in der Richtung, daß Sache nur der künstliche Gegenstand ist. Die sprachgeschichtliche Betrachtung der Entwicklung des Bedeutungssinnes beider Begriffe ergibt vielmehr ein Nebeneinander dieser beiden Begriffsentwicklungen und ferner, daß beide nicht beschränkt sind auf objektiv Fürsichseiendes.

Sprachgeschichtlich läßt sich folgendes feststellen:

Für den Begriff Sache lassen sich drei Grundbedeutungen ermitteln. Einmal hat er den Bedeutungssinn von Streitigkeit, Rechtshandel, ferner denjenigen von Quelle, Grund des Streits, der gerichtlichen Verfolgung und dann den von Wesen, Ursachen des Streits oder Rechtshandels in der Auffassung eines Beteiligten. In weiterer Entwicklung dieses letzten Bedeutungssinnes wird verstanden dasjenige, was jemand zu vertreten, zu tun hat, seine Aufgabe, später die Angelegenheit im weitesten Sinne. Der Bedeutungssinn der Sache als der Quelle, des Grundes von Streit oder gerichtlicher Verfolgung wird erweitert dahin, daß unter Sache alles verstanden wird, was Anlaß zu einer Verhandlung oder Erörterung bieten kann, einerseits im Sinne von dem Wesentlichen, dem Gegenstand oder Anlaß einer Verhandlung, andererseits dann auch im Sinn von körperlichen Dingen, besonders von beweglichen, die in jemandes Eigentum stehen[1].

[1] vgl. hierzu Grimms Wörterbuch Bd. VIII unter „Sache“.

Diese sprachgeschichtliche Betrachtung ergibt, daß der allgemeine Bedeutungssinn des Wortes Sache sich keinesfalls beschränkt auf objektiv Fürsichseiendes, geschweige denn auf körperliche Dinge.

Die sprachgeschichtliche Betrachtung des Wortes Gegenstand führt zu folgendem Ergebnis: der Begriff Gegenstand, im 18. Jahrhundert als philosophischer Kunstausdruck i. S. von wirkende Ursache aufgekommen und dann als Gegenstand einer Tätigkeit, später auch als Gegenstand einer Empfindung oder eines Verlangens, sogar von Menschen gebraucht (z. B. Menschen als Gegenstand der Verehrung), hat dem Begriff Sache gegenüber vielleicht eine höhere, nicht dagegen eine die Sache als Unterbegriff mitumfassende Bedeutung [1].

Als Oberbegriff für Sache kann vielleicht der Begriff „Ding" aufgestellt werden, aber auch wieder nicht in dem Sinne, daß der Begriff „Sache" gleichzusetzen wäre dem Begriff „objektiv fürsichseiendes oder gar körperliches Ding".

§ 11. Der Rechtssprachgebrauch bezüglich des Sachbegriffs.

Enger begrenzt als dieser sprachgeschichtlich belegte Sachbegriff muß nun der Sachbegriff der Rechtssprache sein, und zwar aufgrund folgender Erwägung: der Rechtssprachgebrauch erfaßt nur das, was in den vom Recht umschlossenen Lebenskreis fällt. Das Recht ist ein Teil der Kultur. Das Recht, wie die Kultur überhaupt, ist nur zwischen Menschen möglich. Eine rechtlich irgendwie von Bedeutung seiende „Sache" kann nicht gedacht werden ohne Beziehung zum Menschen, da die rechtliche Norm sich an den Menschen wendet.

Was von der rechtlichen Ordnung erfaßt wird, kann dies nur werden in seiner Beziehung zum Menschen, wobei zunächst keine Rolle spielt, welcher Art diese Beziehung ist.

Weiter ist zu überlegen: das Recht regelt Beziehungen zwischen Menschen. Die Betonung ist hier zu legen auf z w i s c h e n.

In den Rechtssprachgebrauch eingezogen sind also nur Begriffe, die irgendwie auf Menschen und zwar auf mindestens zwei beziehbar sind. Vom rechtssprachlichen Sachbegriff nicht erfaßt werden daher die noch unter den allgemein sprachlichen Sachbegriff fallenden, reinen Denkformen „Sache" [2]. Nur das fällt unter den Sachbegriff der Rechtssprache, was irgendwie in Werte umsetzbar ist und daher von einem Menschen einem andern Menschen streitig gemacht werden kann.

[1] vgl. hierzu Grimms Wörterbuch Bd. II unter „Gegenstand".
[2] siehe auch oben S. 24.

Aufgrund dieser Überlegungen kommt man, obwohl auf anderem Wege, so doch zu dem gleichen Ergebnis wie Erik Wolf in zweierlei Richtung:

Es ist ihm zuzustimmen einmal darin, daß „der spezifische den generellen Sach-Gegenstandsbegriff einengende Sachbegriff recht eigentlich der Rechtssprache angehört“[1], und zweitens darin, daß „völlig wertfremde, beziehungslose, zweckunbezogene Gegenstände — besser Dinge[2] — nicht Sachen im kulturellen Sinn sind“[3]. Dabei ist lediglich abgestellt auf die Tatsache der Beziehung zum Menschen, die ganz naturgemäß irgendwie wertbetont ist — sonst hätte sie ja keinen Sinn —, nicht abgestellt ist auf den Inhalt der Wertbeziehung, d. h. darauf, welcher Art dieselbe ist.

Nach Ansicht Wolfs eignet aber den Sachen im Rechtssinne ein weiteres Bedeutungselement, nämlich das „eines künstlichen, von Menschenhand geschaffenen oder umgewandelten Gegenstandes“[4]. Diese Eigenschaft eignet aber durchaus nicht jedem unter den Sachbegriff im Rechtssinne fallenden Stück Wirklichkeit. Sie kann lediglich ein Indiz bilden für die dem Sachbegriff wesentliche Zuordnung zum Menschen. Ich möchte nämlich unterscheiden einerseits zwischen
1. der direkten Beziehung vom einzelnen Menschen zum Ding und
2. der Zuordnung zum Menschen i. S. von abstrakter, irgendwie wertbetonter Beziehung auf den Menschen

und von dieser Unterscheidung ausgehend andererseits zwischen
1. Naturdingen, bei denen in der Herstellung der direkten Beziehungen zu einem Menschen die Wertstempelung, anders ausgedrückt, die Entstehung von Sachen im Rechtssinne erblickt werden muß, z. B. der zu irgend einem Zweck benutzte Stein, und
2. Kulturdingen, denen um ihrer künstlichen, durch Menschenhand vorgenommenen Herstellung oder Umformung willen ohne weiteres die Zuordnung zum Menschen innewohnt, selbst wenn zeitweise die direkte Beziehung zu einem einzelnen Menschen fehlt.

Es ist also nicht so, daß das Moment künstlicher Erschaffung oder Umformung als drittes Bedeutungselement zu gelten hat, daß also ein Nebeneinander von Künstlichkeit und Beziehung zum Menschen besteht. Erstere bildet lediglich immer ein Indiz für die letztere, es gibt aber sehr wohl auch natürliche, vom Menschen nicht umgeformte Sachen, nämlich aus Naturdingen durch Herstellung

---

[1] a. a. O. S. 48. — [2] siehe oben S. 26 unten.
[3] Wolf a. a. O. S. 50. — [4] a. a. O. S. 49.

einer direkten Beziehung gewordene Sachen. Deshalb gilt wohl der von Wolf aufgestellte Satz: „ohne Zweckbeziehung auf den Menschen keine Sache“ [1]. Der Satz: „Sache im Kultursprachsinne ist ein Gegenstand stets dann, wenn man die Zuordnung zum Menschen nicht hinwegdenken kann, ohne den Sinn des fraglichen Gegenstandes zu zerstören“, kann aber nicht in dieser Allgemeinheit gelten. Zwar ist das Buch als Kulturding nicht denkbar ohne Zuordnung zum Menschen, wohl aber der Stein oder die Frucht oder der Baum als natürliche Dinge. Diese letzteren sind in ihrer Entstehung unabhängig vom Menschen, ihr Dasein ist ohne Zuordnung zum Menschen, überhaupt ohne Menschen denkbar. Die Kulturdinge dagegen verdanken ihre Entstehung allein dem Menschen und können ohne Menschen nicht gedacht werden. Die Naturdinge werden durch Aufgabe der direkten Beziehung wertfremd, während die Kulturdinge von ihrer Entstehung an nie wertfremd, also immer Sachen im Rechtssinne sind.

Aus diesem Grunde ist aber der aus obigem Satz abgeleitete Umkehrsatz: „daß durch Vernichtung der Zweckbeziehung auf den Menschen die Sachqualität untergeht“, auch nur richtig gegenüber den aus Naturdingen durch Herstellung einer Zweckbeziehung gewordenen Sachen im Rechtssinne, nicht dagegen kann er gelten von den Kulturdingen. Es ist also Erik Wolf [2] nicht darin Recht zu geben, daß der Gewahrsam ein Essentiale des Sachbegriffs darstellt; mindestens gegenüber den Kulturdingen trifft dies nicht zu.

Während die aus Naturdingen gewordenen „Sachen“ nur solange Sachen, die rechtlich irgendwie von Bedeutung sein können, sind, als sie in direkter Beziehung zu einem Menschen stehen — hierdurch allein wird ja die irgendwie wertbetonte Zuordnung zum Menschen erkennbar —, sind die Kulturdinge immer Sachen im Rechtssinne und bleiben es solange, als sie nicht als Kulturdinge (Sachen) zerstört sind. Z. B. nicht mehr Sache ist der zerschlagene Topf.

Deshalb ist Erik Wolf nicht zuzustimmen, wenn er gegenüber einem ins Meer geworfenen Becher Sachzerstörung i. S. von Aufhebung der Sachqualität annimmt [3]. Der Becher bleibt eine Sache, und wenn er nach Jahren von einem Taucher gefunden wird, stellt dieser nicht durch das Ansichnehmen eine neue Sache her, er findet lediglich eine für lange Zeit ohne direkte Beziehung zum Menschen gewesene Sache und stellt eine solche direkte Beziehung von neuem

[1] a. a. O. S. 50/51. — [2] S. 64. — [3] a. a. O. S. 51.

her. Wenn Wolf[1] behauptet, mindestens sehr viele Fälle dauernder Besitzentziehung erfüllten genau die Tatbestandsmerkmale des § 303, so ist dem entgegenzuhalten, daß unter Zerstören sicherlich eine äußerlich verändernde Einwirkung, nicht eine Begriffszerstörung verstanden werden muß.

Zusammenfassend wird nochmals festgestellt, daß unter den rechtssprachlichen Sachbegriff nur Dinge fallen, die erstens irgendwie in Werte umgesetzt und daher von einem Menschen einem andern streitig gemacht werden können, und die zweitens in einer abstrakten oder konkreten, irgendwie wertbetonten Beziehung zu einem Menschen stehen. Daß dieser rechtssprachliche Sachbegriff durch die Aufnahme in das StGb eine besondere „strafrechtliche Nuance" bekommen hätte, wurde schon oben widerlegt[2]. Es kann m. E. sehr wohl von einem „lediglich durch die Beziehung zu einem Menschen bedeutungsvollen Gegenstand" als von einer Sache gesprochen werden. Ebenso geht nicht jeder derelinquierte „Gegenstand" seiner Sachqualität verlustig. Es ist dies der Fall lediglich bei den naturalen Dingen, weil die sie allein zur Sache im Rechtssinne stempelnde direkte Beziehung zum Menschen aufhört; das derelinquierte Buch bleibt dagegen Sache, auch ohne auf einen Menschen als Rechtsperson i. S. eines „individuellen Einzelträgers eines staatlichen Gemein-Rechtswillens" bezogen zu sein. Dem Sachbegriff eignet eben nach hier vertretener Ansicht für sich allein eine strafgesetzliche ratio legis mit dem Inhalt staatlichen Gemeinschaftsschutzes nicht. Es gibt keine ratio legis des Sachbegriffs für sich in der Richtung, daß der Inhalt der wertbetonten Beziehung zum Menschen gebildet wird durch den „Zweck des Rechtsgemeinschaftsschutzes im Dienste einer konkreten Staatsidee"[3]. Von der ratio legis eines Begriffs kann höchstens innerhalb der einzelnen Gesetzesbestimmung gesprochen werden in dem Sinne, als der als Tatbestandsmerkmal auftretende Begriff in Beziehung zu setzen ist mit der Rechtsschutzaufgabe dieser Gesetzesvorschrift[4]. Aus diesem In-Beziehung-setzen ergibt sich, welche Auslegung von verschiedenen möglichen Auslegungen der Begriff innerhalb dieser Gesetzesbestimmung zu erfahren hat. In diesem Sinne und in dieser Begrenzung kann von einer teleologischen Begriffsbildung (besser Auslegung) innerhalb des Strafrechts gesprochen werden.

[1] a. a. O. S. 51. — [2] siehe oben S. 24 f.
[3] so Wolf a. a. O. S. 51. — [4] so Schwinge a. a. O. S. 22/23.

§ 12. „Sache“ innerhalb des Sinneszusammenhangs von § 242 StGb.

Nach Feststellung des Bedeutungssinnes des kulturellen Sachbegriffs in seiner Beschränkung auf die rechtssprachliche Anwendung gilt es zu prüfen, ob er in dieser allgemeinen Bedeutung Verwendung gefunden hat in § 242 StGb.

Zunächst fragt sich, ob für die „Sachen“ i. S. von § 242 StGb die § 90 BGB aufgestellte Sachdefinition in ihrer Beschränkung auf körperliche Gegenstände gleicher Weise auch im StGb überhaupt, also auch bezüglich der „Sachen“ des § 242 StGb zu gelten hat. Nach herrschender Meinung ist dies nicht der Fall. Im StGb findet sich keinerlei Hinweis auf jene zivilrechtliche Bestimmung, und eine in dem einen Rechtsgebiet vorgenommene Begriffsfestlegung hat nicht ohne weiteres für alle andern Rechtsgebiete mitzugelten, deren jedes einen andern Lebensraum regelt. Außerdem ist das BGB zeitlich erst nach dem StGb entstanden. Im StGb findet sich aber keine diese engere Begriffsabgrenzung ebenfalls ausdrücklich festlegende Bestimmung.

Weiter ist zu untersuchen, ob sich eine Beschränkung des Sachbegriffs auf körperliche Dinge für das Gebiet des Strafrechts aus dessen Zusammenhang ergibt. Dies ist aber schon um deswillen zu verneinen, daß z. B. nach h. M. unter den Begriff der „anvertrauten Sachen“ in § 266 StGb auch Forderungen fallen.

Aufgrund dieser Feststellung muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der kulturelle Sachbegriff in seiner Beschränkung auf die rechtssprachliche Anwendung in das StGb, auch in dem § 242 StGb, Aufnahme gefunden hat. Wenn er innerhalb des Diebstahlsparagraphen durch die ihm beigelegten Attribute „fremd“ und „beweglich“ etwa eingeschränkt wird, so liegt diese Einschränkung nicht an dem Sachbegriff an sich, sondern daran, daß innerhalb dieser Gesetzesstelle die Sache bestimmte Eigenschaften haben, und daß an ihr die zur Erfüllung des objektiven Tatbestands erforderliche Handlung vorgenommen werden muß. Es wäre dies eine Einschränkung von außen, nicht eine innerhalb des Sachbegriffs selbst liegende Beschränkung, wie sich entsprechend der Ausschluß von Grundstücken lediglich aus dem „beweglich“, nicht aus dem Sachbegriff für sich herleiten läßt. Ob dies der Fall ist, wird unten zu untersuchen sein. Zuvor ist auf die verschiedenen Ansichten bezüglich der Bedeutung des in § 242 StGb enthaltenen Sachbegriffs einzugehen.

Nach überwiegend herrschender Meinung muß es sich um einen körperlichen Gegenstand handeln. Die Abgrenzung zwischen Gegenstand als Oberbegriff und Sache als Unterbegriff i. S. von körperlichem Gegenstand stützt sich offenbar auf § 90 BGB und die von dieser Gesetzesstelle ausgehende, im Zivilrecht gebräuchliche Einteilung der Gegenstände, woran Rechte bestehen können, in 1. körperliche Sachen, 2. Schöpfungen und 3. Rechte. Allgemein anerkannt ist jedoch nur, daß es nach geltendem Rechte keinen Diebstahl an Rechten (Forderungen, Immaterialgüterrechten) gibt. Umstritten und um die Jahrhundertwende von großer Bedeutung gewesen ist dagegen in Wissenschaft und Praxis die Frage, ob der Begriff „Sachen" i. S. des § 242 StGb auch Energien, also nichtkörperliche Stücke Wirklichkeit mitumfaßt oder nicht. Vorauszuschicken ist, daß bis heute noch die Auffassung, die Energien in ihren verschiedenen Formen (Wärme, elektrische Energie, mechanische Energie usw.) seien unkörperlich im physikalischen Sinne [1], Allgemeingut menschlichen Denkens und deshalb der juristischen Betrachtungsweise zugrunde zu legen ist. Die hier zu behandelnde Streitfrage ist dahin zu präzisieren: Hat der Sachbegriff des § 242 eine auch die Energien mitumfassende Auslegung zu erfahren oder bedeutet eine Behandlung der Energiewegnahme nach § 242 lediglich eine analoge Anwendung dieser Bestimmung? Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage wurde notwendig, als es um die Jahrhundertwende infolge der zunehmenden Verwendungsmöglichkeit elektrischer Energie immer häufiger vorkam, daß sie unbefugterweise Weise entwendet wurde, und man sich genötigt sah, diese Handlung irgendwie strafrechtlich zu erfassen [2]. Seit Erlaß des Gesetzes betr. Bestrafung der Entziehung der elektrischen Arbeit vom 9. 4. 1900 kann die Frage bezüglich der elektrischen Energie auf sich beruhen. Im Hinblick auf alle anderen Energieformen bleibt sie nach wie vor zu beantworten. Es ist zu bemerken, daß in den Abhandlungen, auf die bei Lösung der Streitfrage Bezug genommen wird, allerdings hauptsächlich Erörterungen über die Einordnung der elektrischen Energie gestellt werden. M. E. haben aber diese Auseinandersetzungen gleichen Wert für alle Arten von Energien.

Von den verschiedensten Seiten, von Juristen und Physikern, wird eine so weitgehende Auslegung des in § 242 enthaltenen

---

[1] a. A. O. L. G. München, Entsch. vom 15. Jan. 1895 in Goltd. Arch. Bd. 43 S. 58.

[2] Vgl. z. B. RGSt. 12, 213; 24, 50; 29, 111; 32, 165 ff.

Begriffs „Sache“ verlangt, daß er auf die nicht körperlichen Kräfte anzuwenden ist [1]. Getragen wird diese Forderung hauptsächlich von der Überzeugung, daß mit wachsender Kenntnis von Art und Wirkung der Energien und der damit verbundenen Zunahme ihrer Bedeutungs- und Verwendungsmöglichkeit im menschlichen Leben, derjenige, der Kosten und Mühen zu ihrer Erzeugung aufwendet, gegen ihre Entziehung zu schützen ist. Dieser Gesichtspunkt allein, beruhend auf dem Grundsatz „Wo gleicher Grund, da gleiche Folgen“, kann jedoch die Anwendung des § 242 auf diese Handlungen nicht rechtfertigen. Die Anwendbarkeit muß sich aus der im Rahmen des Gesetzes sich haltenden Auslegung ergeben und darf nicht lediglich auf kriminalpolitische Erwägungen gestützt werden. Andernfalls könnte nur von analoger Gesetzesanwendung die Rede sein, die aber nach § 2 I StGb unzulässig ist. Es ist also der Begriff „Sache“ auszulegen.

Ostwald [2] behauptet mit Rücksicht darauf, daß nach römischem Recht nur an Gegenständen (res), „quae tangi possunt“, Diebstahl begangen werden konnte, daß heute aber auch Gas und andere nicht „greifbare“ Erscheinungen der Außenwelt unter den Sachbegriff des § 242 fallen, eine heute noch im Werden befindliche Entwicklung des Sachbegriffs in § 242 StGb dahingehend, daß allmählich auch die Energien zu den Sachen i. S. des § 242 StGb. zu zählen seien. Diese Behauptung ist aber deshalb nicht richtig, weil dabei übersehen ist, daß die ersterwähnte Entwicklung des Sachbegriffs immer noch in den Grenzen der Körperlichkeit, also gewissermaßen in einer Linie blieb. Gegenüber den Energien handelt es sich aber nicht um die Frage, ob die Anzahl der körperlichen Gegenstände um einen neuentdeckten derselben Art vermehrt werden kann. Es handelt sich vielmehr darum, ob auch nichtkörperliche Erscheinungen zu den Sachen des § 242 StGb. gehören. Auf dieser geschichtlichen Basis läßt sich also die auch Energien mitumfassende Auslegung nicht gewinnen. Wenn Ostwald weiter entscheidendes Gewicht auf den Umstand legt, daß die elektrische Energie einen der zu ihrer Erzeugung verbrannten Kohle entsprechenden Kaufpreis hat, so ist dagegen anzuführen, daß nach überwiegend herrschender Meinung die gestohlene Sache einen in Geld abschätzbaren Tauschwert nicht

---

[1] s. z. B. E. Kohlrausch, ZStW 20, 459; Ostwald, DJZ 2, 115; Dernburg, DJZ 1, 473; F. Kohlrausch, a. a. O. S. 66; Weinreich, Goltd. Arch. 45 S. 11.
[2] s. DJZ 2, 115, 116.

haben muß. Es sind nach dieser Ansicht auch ganz wertlose Gegenstände stehlbar[1, 2, 3]. Außerdem müßte, wollte man auch dieser Bereicherungstheorie zustimmen, erst die Sacheigenschaft der Energien erwiesen sein, ehe man prüft, ob sie einen wirtschaftlichen Wert darstellen, der zweifellos auch den nicht zu den Sachen i. S. des § 242 StGb. gehörenden Rechten zum Teil nicht abgesprochen werden kann.

Als Vertreter der hier erörterten Ansicht, der Sachbegriff des § 242 StGb umfasse auch Energien, wird der Physiker Fr. Kohlrausch, der sich in seinem Buche „Die Energie oder Arbeit, die Anwendung des elektrischen Stroms“ mit der Frage beschäftigt, inwiefern die Energie eine Sache genannt werden kann[4], genannt[5]. Es beruht dies m. E. auf einem Mißverständnis. Er gibt zu, daß dem heutigen Recht z. T. ein auch die Energien umfassender Sachbegriff fehle, und befürwortet an diesen Stellen eine mit den wissenschaftlichen Fortschritten gehende Abänderung der gesetzlichen Vorschriften. Weiter behauptet er, daß alles, was erstens abgrenzbar ist, zweitens in Besitz stehen kann, und drittens einen „angebbaren“ Wert hat, dem Erwerb, Verlust, Diebstahl usw. unterliege und aus diesem Grunde im Rechtsleben eine Bedeutung als Sache haben könne. Alle diese Eigenschaften legt er auch den Energien bei. Er setzt also die Möglichkeit des Energiegegenstandes, die ja erst zu beweisen ist, ohne weiteres voraus. Im übrigen beschäftigt er sich nicht mit der hier zur Erörterung stehenden Frage, ob der Sachbegriff des § 242 StGb nur körperliche oder auch nicht körperliche Gegenstände umfasse, hält vielmehr, was juristisch nicht haltbar ist, auf die Energien, obwohl sie keine Körper seien, den Namen „körperliche Sache“ dann für anwendbar, wenn das für Gesetzgebung und Rechtsprechung Vorteil bietet[6].

Eine stichhaltige Begründung für die auch nicht körperliche Gegenstände umfassende Auslegung des in § 242 StGb enhaltenen Sachbegriffs habe ich, wie meine Ausführungen darlegen, nirgends gefunden. Im folgenden wird die entgegengesetzte Ansicht, der Sach-

---

[1] so z. B. Frank § 242 I und VIIa; Binding, LB. I S. 293/296; ders., Normen II S. 54; Olsh. § 242 Nr. 12; Meyer-Allf. S. 427; Thomsen S. 377; RGE 50, 254; 51, 97.

[2] a. M. v. Bar in Mag. f. dtsch. Recht 4, 18; John, ZStW. 1, 259; Merkel H. H. III S. 634 de lege ferenda Lilienthal ZStW. 32.

[3] Hälschner S. 281 legt jedem im Eigentum stehenden Gegenstand Tauschwert bei.

[4] S. 66 ff. — [5] so z. B. Binding, Lehrb. Bd. I S. 259. — [6] a. a. O. S. 69.

begriff sei auf körperliche „Gegenstände" zu beschränken, behandelt. Es ist zu untersuchen, welche Gründe für diese enge Auslegung angeführt werden, und ob sie überzeugend und wichtig genug sind, die Richtigkeit dieser Auffassung zu beweisen. In den meisten Kommentaren findet sich nur die unbegründete Behauptung, Kräfte seien deshalb nicht stehlbar, weil ihnen die Eigenschaft einer Sache im physikalischen Sinne fehle [1]. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung [2] an dem Erfordernis der Körperlichkeit festgehalten. Es begründet seine Stellungnahme zu dieser Frage sehr sorgfältig in der Entscheidung vom 1. Mai 1899 [3]. Es stellt zunächst fest, daß der Sachbegriff des StGb nicht aus § 90 des BGB herzuleiten ist, wie allgemein anerkannt und auch oben festgestellt ist. Weiterhin legt es den Begriff „Sache" des § 242 StGb aus nach sprachlichen, historischen und systematischen Gesichtspunkten. Es erläutert zunächst den aus dem natürlichen Sprachgebrauch sich herleitenden strafrechtlichen Sprachgebrauch. Seiner Beweisführung hinsichtlich der sprachlichen Bedeutung des in § 242 StGb gebrauchten Ausdruck „Sache" kann jedoch nicht zugestimmt werden. Es gibt eben nicht, wie das Reichsgericht behauptet, einen allgemeinen Sprachgebrauch des Wortes Sache als einer körperlichen Sache. Es wurde oben dargetan, daß man im täglichen Leben ursprünglich nur von abstrakten Erscheinungen als von Sachen sprach, und daß erst später auch körperliche Dinge unter den Sachbegriff fallen, keinesfalls aber diese allein.

Auch die historische Bedingtheit der beschränkenden Auslegung, die das Reichsgericht annimmt, kann nicht als überzeugend und ausschlaggebend angesehen werden. Das Reichsgericht behauptet, die Tatsache, daß Diebstahl nur an körperlichen Gegenständen möglich sei, entspreche sowohl dem römischen Recht als auch der deutschrechtlichen Anschauung. Dieser auf raumerfüllende Gegenstände beschränkte Diebstahlsbegriff sei unverändert in das heutige StGb übernommen worden. Dieser geschichtlichen Beweisführung ist entgegenzuhalten, daß als Inhalt des Gesetzes nicht nur das gilt, was der Gesetzgeber unter das Gesetz fallend sich vorgestellt hat, sondern auch die Konsequenz, an die der Gesetzgeber bei der Abfassung des

[1] s. Frank § 242 I; Olshausen § 242 Nr. 3, der nur auf den regelmäßigen Sprachgebrauch des StGb hinweist; Schwarze § 242 Nr. 3; Gerland S. 439; Wachenfeld S. 369; Oppenhoff S. 566 (unter Hinweis auf § 90 BGB); Hälschner II, 1 S. 283 RGRK, Vorbem. zu §§ 242—252 II, 1 u. § 2 Nr. 7; Berner S. 552; Thomsen S. 372.

[2] z. B. RGE 12, 213; 24, 50; 29, 111 usw. — [3] RGE 32, 165 ff.

Gesetzes nicht denken konnte. Jedes Gesetz ist entsprechend den bei seiner Abfassung noch nicht übersehbaren Bedürfnissen anzuwenden und daher fortschreitend auszulegen[1]. Kann die Energie überhaupt zu den Sachen i. S. des § 242 StGb gerechnet werden, so steht der Anwendung des § 242 StGb bei deren Entwendung nicht entgegen, daß bei Abfassung der Strafbestimmung an sie noch nicht gedacht wurde und gedacht werden konnte. Der Wille des Gesetzgebers ist eben „auf Sollen gerichtetes Sein“. Vorausgesetzt ist dabei allerdings, daß es überhaupt möglich ist, die Energien zu den fremden, beweglichen Sachen des § 242 StGb zu rechnen.

Der dritte Anhaltspunkt für das Erfordernis der Körperlichkeit ergibt sich denn auch nach Auffassung des Reichsgerichts aus dem Zusammenhang dieses Tatbestandsmerkmals „Sache“ mit den übrigen Merkmalen des § 242 StGb. Dem ist voll und ganz beizustimmen. Die Sache i. S. des § 242 StGb muß erstens beweglich, zweitens fremd und drittens wegnehmbar sein. Nach meiner Ansicht ist bezüglich der Energien, wie auch bezüglich der Rechte das entscheidende Kriterium in der Fremdheit der Sache gegeben. Es ist unbestritten, daß „fremde“ Sache bedeutet, Sache im fremden Eigentum[2]. Das Eigentumsverhältnis richtet sich nach überwiegend h. M.[3] nach den Vorschriften des BGB, die nach ebenfalls überwiegend h. M.[4, 5] nur ein Eigentum an körperlichen Sachen kennen. Bezüglich der Rechte gibt es nur ein Eigentum an den über sie ausgestellten Urkunden. Bezüglich der Energien ist lediglich ein Eigentum an dem Energieträger, aber kein von diesem gelöstes Eigentum an der Energie möglich. Zu demselben Ergebnis gelangt auch Binding, der sich in seinem Lehrbuch mit der Streitfrage, ob die Energien fremde, bewegliche Sachen i. S. des § 242 StGb sind, sehr eingehend befaßt. Er geht davon aus, daß alle Energien an Stoffe gebunden sind, und kommt aus diesem Grunde zu dem Ergebnis, daß sie unmöglich selbständig Gegenstand des Besitzes und Eigentum sein können. Sie könnten eben nicht eine „besondere Sache einer anderen Sache“ darstellen, seien vielmehr lediglich Eigenschaften ihrer Träger, an

---

[1] siehe dazu Manigk, Handwb. d. Rechtsw. Bd. I S. 432.

[2] a. A. Eick a. a. O. S. 29.

[3] Siehe dazu Binding, Lehrb. I S. 256; Olshausen § 242 Nr. 3, 11; Meyer-Allf. S. 423; Schwarze § 242 I; Wachenfeld 371 Anm. 2 RGE 2 S. 192.

[4] so z. B. Blank RGB. Bd. III 1920 S. 258; Staudinger, Komm. z. BGB III 1912 S. 235; Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts Bd. III 1905; Ennecc., Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. II 1 1927 § 51 I IV 1; Warneyer BGB II 1930 S. 109.

[5] a. A. Gierke, Dtsch. Privatr. Bd. II S. 367.

denen nur eine Art von Rechten bestehen könne, nämlich Rechte ausschließlicher Verwendung. Ob und in welchem Maße der Gesetzgeber die Verletzung dieser Rechte unter Strafe stellen wolle, darüber müsse er sich schlüssig werden. Bis jetzt bestehe ein solches Schutzgesetz nur hinsichtlich der elektrischen Energie.

Die fremde bewegliche Sache muß sich in dem Gewahrsam eines anderen befinden. Das Erfordernis dieses Gewahrsams ist allerdings nicht in dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung enthalten. Es kann jedoch nach überwiegender Anschauung der Wortlaut „wegnehmen" nur so ausgelegt werden, daß er „Brechen fremden und Begründen eines andern[1] (eigenen[2]) Gewahrsams" bedeutet. Unter Gewahrsam ist mit Frank[3] zu verstehen: „tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache, vermöge deren die Person ihren Herrschaftswillen über die Sache in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu betätigen vermag". Sollte man sich bezüglich der Rechte auf den Standpunkt stellen, es gäbe auch ein Eigentum an Rechten[4], so müßte die Möglichkeit eines Diebstahls an Rechten doch um deswillen geleugnet werden, weil unter Gewahrsam ein Verhältnis tatsächlicher Herrschaft zu verstehen ist, ein solches tatsächliches Herrschaftsverhältnis aber an Rechten, die nur eine rechtliche, keine tatsächliche Existenz haben, nicht möglich ist.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Da eine auch Energien und Rechte mitumfassende Auslegung des Sachbegriffs in § 242 StGB in seiner Verbindung mit den ihm durch diese Gesetzesstelle beigelegten Attributen nicht möglich ist, würde die Anwendung des Diebstahlsparagraphen auf bloße Energieentziehung und diebstahlsähnlichen Eingriff in Rechte eine nach § 2 I StGB verbotene analoge Gesetzesanwendung bedeuten.

B. Auslegung des Wortlauts „dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen".

Im engsten Zusammenhang mit der Auslegung des § 242 StGB enthaltenen Sachbegriffs steht die Auslegung des Wortlauts „dieselbe

[1] Binding, Lehrb. I S. 278; Merkel, H. H. III, 643; Meyer-Allf. S. 510; Frank § 242 VI 1.

[2] Liszt-Schm. § 127 IV; Thomsen S. 367; Olshausen § 242 Nr. 24; RG 21, 110.

[3] StGB § 242 IV. — [4] siehe oben S. 35 Anm. 4.

sich rechtswidrig zuzueignen“. Wir danken Binding[1] den Hinweis, daß die Zueignung zweierlei umfaßt: einmal die Enteignung als negatives Element und zweitens die Aneignung als positives Element. Zu beachten ist jedoch, daß der Täter an der gestohlenen Sache kein Eigentum im Rechtssinne erwerben kann[2]. Es fragt sich daher, wie die Absicht des Täters sonst geartet sein muß. Es stehen sich bezüglich dieser Frage zwei Anschauungen, die sog. formalistische und die sog. wirtschaftliche (materielle) Anschauung gegenüber. Während die formalistische Theorie die Absicht, das Eigentum des Verletzten „illusorisch“ zu machen und sich selbst wie ein Eigentümer der Sache zu gebärden, als wesentliches Merkmal der Zueignungsabsicht auffaßt, verlangt die materielle Theorie (Werttheorie) eine Bestimmung dieser Absicht lediglich vom wirtschaftlichen Standpunkt aus[3,4].

§ 13. Die Substanztheorie.

Nach der formalistischen Anschauung muß die Absicht des Diebes auf Ausübung des Eigentumsinhalts unter Verdrängung des Eigentümers gehen[5]. Der Täter will nach dieser Ansicht dem Eigentümer die in seinem Eigentum stehende Sache mit dem Erfolg entziehen, daß dessen Eigentumsrecht „illusorisch“ gemacht und zwischen Täter und weggenommener Sache ein eigentumsgleiches Verhältnis hergestellt wird[6]. Es muß nach dieser Ansicht Aneignung der Sachsubstanz, nicht nur ihres wirtschaftlichen Wertes, in der Absicht des Täters liegen[7]. Es ist zu untersuchen, ob durch diese Auslegung der § 242 StGB einen vernünftigen Sinn erhält. Dies wird von den Anhängern der wirtschaftlichen Theorie geleugnet. Sie wenden ein, das Eigentumsrecht könne nur im Sinne seiner Ausübung verletzt werden. Eine solche Eigentumsausübung sei aber nur möglich durch Wertausnutzung. Der Wortlaut „sich dieselbe zuzueignen“

---

[1] Lehrb. Bd. I S. 257, 264 ff.

[2] so z. B. Frank § 242 VII, 2; v. Bar, a. a. O. S. 16; RGE 40, 11; Binding, Normen II S. 545; Olshausen 7. Aufl. § 242 Nr. 28; Hälschner S. 291; Doerr, Ger. S. 52, S. 20; Bauke, Goltd. Arch. 40, 110; Merkel, H. H. III S. 648; RMG Bd. 14 S. 263.

[3] s. z. B. Frank § 242 VII, 2 q; Harburger, vgl. D. B. VI S. 211/12; Lilienthal, ZStW 32, 18; Zimmer, Diss. S. 10; Graf Gleispach a. a. O. S. 9; RG 40, 10.

[4] ausdrücklich dagegen: Finger, Ger. S. 78, S. 408.

[5] so Liszt-Schmidt § 127 V.

[6] so Binding, Lehrb. I S. 264 ff.; ders., Normen II S. 545; Ullmann S. 553; Berner S. 553; Rotering, Ger. S. 36, S. 562 usw.

[7] s. z. B. Wachenfeld S. 374; Meyer-Allf. S. 436.

könne also nur dann einen vernünftigen Sinn erhalten, wenn er dahin ausgelegt werde, „sich den Wert derselben zuzueignen“. Demgegenüber führt Binding[1] an: „die Norm: Ihr sollt euch nicht fremde Sachen aneignen, steht als ganz selbständiges Verbot neben den beiden anderen: Ihr sollt nicht fremde Sachen zerstören und: Ihr sollt den Eigentümer nicht in der Ausübung seines Eigentums beeinträchtigen“. Bestraft werde aber (abgesehen von der Sachbeschädigung) lediglich der Angriff auf die Eigentumsordnung, nicht auch die Beeinträchtigung des Eigentümers in der Ausnutzung des Eigentums. Hierin liege der vernünftige Sinn dieser Gesetzesbestimmung. Eine Bestrafung bloßer Wertentziehung bei der Zurückgabe der Substanz der Sache auf Grund des § 242 StGb bedeutet daher, als Bestrafung bloßer Beeinträchtigung der Eigentumsausnutzung, eine analoge Anwendung dieses Paragraphen, d. h. eine Anwendung auf einen rechtsähnlichen Fall. Einer solchen analogen Gesetzesanwendung stehe jedoch die Bestimmung des § 2 I StGb entgegen.

§ 14. Werttheorie.

Die Vertreter der wirtschaftlichen Anschauung (Werttheorie) vertreten den entgegengesetzten Standpunkt: sie halten die Auslegung des Wortlauts „dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen“ i. S. von „dieselbe oder ihren wirtschaftlichen Wert sich rechtswidrig zuzueignen“ für die einzig mögliche zu einem vernünftigen Ergebnis führende Auslegung.

Entsprechend der Zweiteilung des Zueignungsbegriffs in eine positive und eine negative Seite definiert Frank das Wesen der Zueignung als „Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Wert nach in der Absicht, andere davon auszuschließen[2]. Dasselbe besagt die Forderung Sauers, der Nachdruck sei „auf den Zweck der Verwertung der Sache für den Täter mit der Rechtsfolge ihrer Entwertung oder Wertminderung für den Eigentümer“ zu legen[3]. Das Reichsgericht behandelt die Streitfrage nach dem Wesen der Zueignung nicht einheitlich, läßt sogar teilweise beide Gesichtspunkte nebeneinander als entscheidend gelten[4]. In den älteren Entscheidungen wird durchweg ein Verfügen „als Eigentümer“[5], „Verfügung als

[1] Normen II S. 546. — [2] a. a. O.; ebenso Graf Gleispach a. a. O. S. 34; Olshausen 11. Aufl. § 242 Nr. 29.

[3] Goltd. Arch. Bd. 63 S. 285; ebenso in Diss. S. 108.

[4] z. B. RGE in Goltd. Arch. Bd. 60 S. 276. — [5] RGE 12 S. 89.

über seine eigene“ [1], „eine zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörige Verfügung“ [2] gefordert. Später hat das Reichsgericht diesen formalistischen Standpunkt aufgegeben. In den neueren Entscheidungen treffen wir die Wendungen: „Absicht, die Sache ihrem Sach- (Substanz-) werte nach dem eigenen Vermögen tatsächlich zuzuführen, ohne sie dem Eigentümer dauernd zu entziehen“ [3], und „es genügt der Wille, den wirtschaftlichen Wert unter Ausschluß des Eigentümers auszunutzen“ [4].

§ 15. Eigene Stellungnahme.

I.

Im folgenden ist eine eigene Stellungnahme zu der Frage, welche vernünftige Auslegung der Wortlaut „dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen“ zu erfahren hat, und gleichzeitig eine Stellungnahme zu den beiden oben erörterten Theorien zu gewinnen. Es sei hier nochmals betont, daß der hier in Frage stehende Wortlaut notwendig zurückbezogen werden muß auf den in § 242 StGb enthaltenen Sachbegriff. Diesem eignet aber, wie oben dargestellt wurde, immer eine irgendwie geartete Zuordnung, d. h. eine irgendwie wertbetonte Beziehung zum Menschen. Nach meiner Ansicht kann aus diesem Grunde der Wortlaut „dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen“ einen vernünftigen Sinn überhaupt nur erhalten bei Einbeziehung von Wertgesichtspunkten, soll anders die Auslegung dieses Wortlautes im Einklang stehen mit der Auslegung des Sachbegriffs als eines zum Menschen in wertbetonter Beziehung stehenden Stückes Wirklichkeit.

„Dieselbe“ bedeutet, entsprechend dem oben festgelegten Sachbegriff: das in Werte umsetzbare, dem Menschen zugeordnete Stück Wirklichkeit. Die Zueignungsabsicht kann sich daher nicht beziehen auf das Ding an sich, vielmehr auf das Ding in seiner Beziehung zum Menschen. Aus diesem Grunde ist die von der Substanztheorie aufgestellte Behauptung, die Zueignungsabsicht müsse auf die Zueignung der Sache ihrer Substanz nach gerichtet sein, abzulehnen.

Man gelangt auf diesem Wege nicht zu einer vernünftigen, dem hier aufgestellten Sachbegriff entsprechenden Auslegung des Wortlauts: „sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen“. Nicht die Substanz,

---

[1] RGE 21 S. 7. — [2] RGE 24 S. 23; ebenso RGE 10 S. 369.
[3] RGE 40 S. 10. — [4] RGE 50 S. 255; 51 S. 98; 57 S. 199.

vielmehr die wertbetonte Beziehung zum Menschen macht das Ding zur Sache im Rechtssinne.

II.

Die rein formalistische Bestimmung der Zueignung als der sich äußerlich als Eigentum darstellenden, jedoch der rechtlichen Sanktion ermangelnden Beziehung zur Sachsubstanz ist nicht ausreichend, und zwar nicht ausreichend aus zweierlei Gründen: erstens ist sie in ihrer Beschränkung als Sachsubstanz unzulänglich gegenüber dem Sachbegriff, wie er allein im Recht Verwendung finden kann. Die auf die Substanz der Sache beschränkte Auslegung des Wortlauts „dieselbe“ ist, wie oben schon ausgeführt wurde, zu eng. Die einzig mögliche Auslegung wird auf dem Boden einer Werttheorie gewonnen. Diese erweitert nicht etwa den Sachbegriff in der Richtung, daß die Zueignungsabsicht gerichtet sein muß auf „die Sache oder ihren (wirtschaftlichen) Wert“, sie bedeutet vielmehr lediglich eine mit dem Sachbegriff, so wie er im Recht allein verwendet werden kann, übereinstimmende Sinngebung. Sie führt daher nicht zu einer analogen Anwendung dieser Gesetzesvorschrift.

Zweitens stellt der Diebstahl gar keinen Angriff auf die Eigentumsordnung dar. Das Eigentum des Bestohlenen an der gestohlenen Sache besteht ja fort. Es ist also Binding nicht darin zuzustimmen, daß die Eigentumsordnung geschütztes Rechtsgut des § 242 StGb sei. Es kann für die Beurteilung, ob Diebstahl vorliegt oder nicht, maßgeblich nicht sein, ob die (auch noch so entwertete) Substanz der Sache später wieder in das Herrschaftsverhältnis des ursprünglichen Eigentümers zurückkehren soll oder nicht. Das Eigentum als solches hat ja nicht aufgehört zu bestehen, die formelle Eigentumsordnung hat keine Veränderung erlitten, die durch Rückgabe der Sachsubstanz rückgängig gemacht werden könnte.

Gegen die Ansicht, geschütztes Rechtsgut in § 242 StGb sei die Eigentumsordnung, ist, abgesehen von dieser durchschlagenden Erwägung, noch dreierlei einzuwenden:

Es ist erstens nicht ersichtlich, weshalb von diesem formalen Standpunkt aus das bloße Gebrauchen der Sache, in dem doch ebenfalls ein Angriff auf die Eigentumsordnung in Gestalt der Anmaßung eines sich äußerlich als Eigentum darstellenden Verhältnisses zur Sache liegt, nicht ebenfalls nach § 242 StGb strafbar sein soll. Diesem Einwand begegnet Binding[1] mit der Behauptung, die Ent-

[1] Lehrb. Bd. I S. 246.

eignung' müsse stets als dauernde gewollt sein, „der fundamentale Unterschied zwischen Aneignung und Gebrauchsanmaßung" liege darin, „daß jene den Eigentümer um die Sache bringen will, diese aber nicht", das sei aber etwas „kriminell völlig verschiedenes". Weshalb aber beides kriminell etwas völlig verschiedenes ist, sagt Binding nicht. Meines Erachtens kann die Unterscheidung aber nicht gewonnen werden auf rein formalistischer Basis ohne Heranziehung irgendwelcher materieller Gesichtspunkte: der Grad, die Intensität der Einwirkung auf die Sache ist maßgeblich.

Zweitens kann der Satz: „wer die Sache verbrauchen will, der will sie dem Eigentümer dauernd entziehen, selbst wenn er die Reste zurückzusenden gedächte", ebenfalls auf rein formalistischer Grundlage nicht begründet werden. Es muß hier, wo der endgültige Verbrauch von Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch im Verbrauch liegt, in Frage steht (z. B. Heizmaterial, Eßwaren usw.), abgestellt werden auf den Inhalt des Eigentumsrechts; der einzig mögliche Inhalt ist hier der Verbrauch. Soll nach Verbrauch der Rest (z. B. die Asche) zurückgegeben werden, so steht dies der Annahme eines Diebstahls selbstverständlich nicht entgegen. Gewonnen kann dieses Resultat jedoch nicht werden aus rein formalen Gesichtspunkten, denn die Substanz gelangt ja, wenn auch in verändertem Zustand, wieder in den Machtbereich des Eigentümers zurück.

Auf Grund der formalistischen Anschauung ermöglicht sich aber weiter auch nicht eine Trennung zwischen Wegnahme in Zerstörungsabsicht (Sachzerstörung) und Wegnahme in Zueignungsabsicht (Diebstahl), denn auch die Wegnahme in Zerstörungsabsicht ist Anmaßung eigentumsgleicher Herrschaft über die Sache[1]. Wenn Binding ausführt: „wer eine fremde Sache ergreift, um sie zu vernichten, will das Gegenteil der Aneignung", so ist dem voll und ganz zuzustimmen, nur liegt in dieser Behauptung kein auf formalistischer Grundlage gewonnener Beweis, im Gegenteil, es ist nicht ersichtlich, weshalb eine derartige „Verletzung der Eigentumsordnung" eine vom Diebstahl verschiedene Behandlungsweise erfahren soll. Die Ansicht Bindings, es sei zwischen erlaubter Eigentumsausübung und unverbotener Eigentumsausübung (Zerstörung) zu unterscheiden[2], kann aber als eine willkürliche Unterscheidung nicht geteilt werden. Die Grenzziehung ermöglicht sich allein aus folgenden Gesichtspunkten:

[1] so auch Hälschner Bd. II S. 299; Olshausen § 242 Nr. 30 c.

[2] Lehrb. Bd. I S. 268.

während beim Diebstahl an Stelle der seitherigen Wertbeziehung eine neue tritt, hört die zerstörte Sache auf, ein zum Menschen in wertbetonter Beziehung stehendes Stück Wirklichkeit zu sein. Der Diebstahl stellt einen Angriff auf eine konkrete Wertbeziehung zur Sache dar, die Sachbeschädigung ist dagegen ein Angriff auf die abstrakte Wertbeziehung. Der Diebstahl ist eine Verletzung der Beziehung zwischen einem Menschen und einer Sache in der Richtung, daß an Stelle der einen Beziehung eine andere gesetzt wird. Sachzerstörung dagegen bedeutet gänzliche Vernichtung irgendwelcher wertbetonter Beziehungsmöglichkeit.

III.

Aus alledem folgt, daß unter Zueignungsabsicht nicht verstanden werden kann die Absicht, ein eigentumsgleiches, nur der rechtlichen Sanktion ermangelndes Herrschaftsverhältnis zur Sachsubstanz herzustellen. Sie kann vielmehr, entsprechend der doppelten Richtung des Zueignungsbegriffs nur verstanden werden als

1. Absicht der Aufhebung der konkreten Wertbeziehung zwischen der Sache und demjenigen, zu dem die Sache zur Zeit in wertbetonter Beziehung steht, und
2. Absicht der Herstellung eigener wertbetonter Beziehung zu der weggenommenen Sache.

Als geschütztes Rechtsgut in § 242 StGb ist demnach die zwischen einem Menschen und einem Stück Wirklichkeit bestehende Wertbeziehung anzusehen. Diese letztere kann ganz verschiedenen Inhaltes sein. Sie muß, da zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 242 StGb eine fremde, d. h. im Eigentum eines andern stehende Sache weggenommen werden muß, dokumentiert sein in der Tatsache, daß derjenige, dem die Sache „enteignet" werden soll, Eigentum an der Sache hat. Es ist dabei folgendes zu beachten: die Wegnahmehandlung richtet sich gegen die *fremde* Sache (also nur eine gegen körperliche Sache, s. o.); die Zueignungsabsicht erfaßt dagegen nicht, und kann auch gar nicht erfassen, die Sache in ihrer Fremdheit, d. h. nicht das Eigentumsrecht an der Sache — es kann weder Eigentum zerstört noch Eigentum gewonnen werden —. Es ist daher den Vertretern der Werttheorie zuzustimmen, die behaupten, das Eigentumsrecht könne nur im Sinne seiner Ausübung verletzt werden, eine solche Eigentumsausübung sei aber nur möglich durch Wertausnutzung. Daraus folgt, daß

zwar die aus dem Eigentum fließende Herrschaftsgewalt, m. a. W. die im Eigentum dokumentierte, wertbetonte Beziehung zu einem Menschen, nicht aber das Eigentnm selbst, das durch § 242 StGb geschützte Rechtsgut darstellt.

Es bleibt zu untersuchen, ob das Herrschaftsverhältnis des Täters zur Sache unter Ausschluß der seitherigen Wertbeziehung notwendig ein dauerndes sein muß. Die Entscheidung hat gegenüber dem Ausschluß der seitherigen Wertbeziehung anders zu lauten, als gegenüber der Beziehung des Täters zur Sache: während nicht erforderlich ist, daß das Verhältnis des Täters zur weggenommenen Sache als ein dauerndes gewollt ist[1], vielmehr ein Verhalten genügt, das den Willen kund gibt, an die Stelle der seitherigen Wertbeziehung eine eigene, wenn auch vorübergehende Wertbeziehung zu setzen (der Täter behält z. B. die weggenommene Sache nicht selbst, sondern bringt sie, etwa durch Verkauf, in das Herrschaftsverhältnis eines Dritten), so muß diese einzelne Verfügung über die weggenommene Sache doch die Absicht dartun, den Berechtigten völlig und endgültig von der Beherrschung der Sache auszuschließen. Der positiven Seite der Zueignung i. S. von Setzen eigener Wertbeziehung zur Sache ist das Moment der Dauer nicht wesentlich, wohl aber muß die negative Seite der Zueignung i. S. von Aufhebung der seitherigen Wertbeziehung dauernd gewollt sein. Hierin muß das entscheidende Kriterium der Zueignungsabsicht erblickt werden. Die Wiederherstellung der alten Wertbeziehung zur Sache durch den Täter selbst steht der Annahme der Zueignungsabsicht entgegen.

IV.

An dieser Stelle ist noch einzugehen auf den der Werttheorie oft gemachten Vorwurf, auf ihrem Boden lasse sich eine Grenze in abstracto zwischen strafbarem Diebstahl und straflosem furtum usus nicht ziehen, da in den meisten Fällen das zeitweilige Gebrauchen (f. us.) mit einer Wertminderung verbunden, und die Grenze zwischen einer solchen und einer nach § 242 StGb zu bestrafenden Wertentziehung flüssig sei. Es wird behauptet, eine allgemeingültige Unterscheidung der Fälle, in denen lediglich ein zwar mit einer Abnutzung verbundenes, aber dennoch strafloses Gebrauchen der Sache vorliege von denjenigen, in denen das Gebrauchen dem Verbrauche gleichkomme,

[1] a. A. Brucke (Bauke) Goltd. Arch. 40 S. 111 u. Dörr, Ger. S. 52, S. 17 verlangen beide (vom Standpunkt der Substanztheorie aus) Dauer des „äußerlich als Eigentum erscheinenden“ Verhältnisses.

sei nicht möglich. Es sei vielmehr in jedem einzelnen Falle die Frage zu entscheiden: „Ist die Sache im wirtschaftlichen Sinne eine andere geworden oder nicht?“ Damit entstehe aber die Möglichkeit verschiedener Beurteilung gleichgelagerter Fälle, was notwendig zu widerspruchsvollen Entscheidungen und damit verbundener Rechtsunsicherheit führen müsse. Demgegenüber möchte ich einwenden:

Die Abgrenzung ermöglicht sich sehr wohl von dem hier eingenommenen Standpunkt aus. Dabei ist aber zu beachten, daß die Fragestellung nicht zu lauten hat: „Ist die Sache im wirtschaftlichen Sinne eine andere geworden?“ Denn nicht so sehr zu betonen ist hierbei der wirtschaftliche Wert, wie die Wertbeziehung, die ganz verschiedenen Inhalts sein kann, allerdings meist wirtschaftlicher Art sein wird. Die im Einzelfalle zu beantwortende Frage lautet vielmehr: „Ist zu der Sache noch die gleiche Beziehung möglich oder nicht?“

Der Diebstahl richtet sich, wie oben dargetan wurde, gegen die Sache in ihrer konkreten Wertbeziehung. Er bedeutet endgültige Aufhebung der seitherigen Wertbeziehung. Furtum usus liegt dagegen vor, wenn nach Rückgabe der weggenommenen Sache die alte Wertbeziehung in gleicher Form wieder aufleben kann. In Frage steht also nicht, ob das, was weggenommen und wieder zurückgegeben wurde, eine Sache war und noch ist, d. h. in Wertbeziehung stand und jetzt noch fähig ist, in Wertbeziehung zu stehen. In Frage steht vielmehr, was für eine Sache es war und was für eine Sache es jetzt ist, d. h. welcher Art die Wertbeziehung war und welcher Art sie jetzt noch sein kann. Es wird dabei abgestellt auf den Inhalt der Wertbeziehung. Der Richter hat also zu prüfen, ob nach Rückgabe der Substanz die Wertbeziehung noch denselben Inhalt haben kann oder nicht. Die Antwort auf diese Frage ermöglicht sich aber sehr weitgehend aus allgemeinen Erfahrungsgründen heraus. In Grenzfällen hat der Richter allerdings eine Wertung vorzunehmen. Ihm ist aber in diesem Falle nicht mehr überlassen, als z. B. jedem normativen Tatbestandselement gegenüber. Er ist hier wie dort genötigt, auswählende, normative Tätigkeit walten zu lassen. Das Ergebnis muß aber in jedem Falle so sein, daß es allgemein eingesehen werden kann, es muß objektiv zu begründen sein. Es hat hier der Satz zu gelten: „der Willensakt muß logisch so „verankert“ sein, daß er in dem Wollenden und jedem Dritten ein „Zwangsgefühl“ hervorruft — m. a. W. mit ihm

muß sich das Bewußtsein verknüpfen, daß der zu ihm hinführende Denkakt unbedingt geschieht und von allen Denkenden ebenfalls vollzogen werden muß“[1]. Es ist Beling[2] zuzustimmen, der ausführt: „Auch in Werten gibt es Konsequenz“.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Eine formale, die Sachsubstanz betonende Auslegung des in § 242 StGb enthaltenen Wortlauts „dieselbe sich rechtwidrig zuzueignen“ steht erstens nicht im Einklang mit der Sinngebung, die der Wortlaut „Sache“, auf den der hier in Frage stehende Wortlaut notwendig zurückbezogen werden muß, vernünftigerweise zu erfahren hat. Sie berücksichtigt ferner nicht, daß geschütztes Rechtsgut in § 242 StGb nicht die juristische Eigentumsordnung, nicht das formale Eigentum, vielmehr die konkrete, irgendwie geartete Wertbeziehung zwischen der Sache und einem Menschen sein kann.

Die wertbetonte Auslegung des Wortlauts „sich rechtswidrig zuzueignen“ stellt sich demgegenüber dar als die einzig vernünftige, dem Sachbegriff entsprechende Sinngebung und ist nichts weiter, als die dem Zweck dieser Gesetzbestimmung entsprechende Entfaltung des Gesetzesinhalts[3]. Sie läuft also durchaus nicht auf eine im StGb verbotene analoge Gesetzesanwendung zu Ungunsten des Täters hinaus.

---

[1] Schwinge a. a. O. S. 66. — [2] Die Gesetzgebungs-Methodik S. 5.

[3] Dazu, daß alle Begriffsbestimmung innerhalb des StGb teleologische Begriffsbestimmung sein muß, siehe Schwinge a. a. O. S. 19 ff.; ebenso Rümelin a. a. O. S. 17; Radbruch a. a. O. S. 199; Binder a. a. O. S. 890, 894; Mezger, Strafrecht 79—86 (84). Dagegen Laband, Arch. f. öff. Recht Bd. II S. 317, der die Ansicht vertritt, das wesentliche Merkmal eines Begriffs könne ohne Betrachtung des Zwecks der Bestimmung, rein formal, festgestellt werden; ebenso Kelsen („Rechtsbegriffe sind formale Kategorien“).

Lebenslauf.

Am 24. September 1905 wurde ich als Tochter des damaligen Haus- und Staatsarchivars und jetzigen Universitätsprofessors Staatsarchivdirektors i. R. Dr. Julius Reinhard Dieterich und seiner Ehefrau Emi geb. Naumann in Darmstadt geboren. Nach zweijährigem Privatunterricht besuchte ich von Ostern 1914 bis Ostern 1922 die höhere Töchterschule und von Ostern 1922 ab die Studienanstalt zu Darmstadt, die ich Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich wandte mich dem Studium der Rechte zu und bestand nach achtsemestrigem Studium an den Universitäten Marburg und München am 26. März 1930 am Oberlandesgericht in Kassel die Referendarprüfung, am 10. April 1930 wurde ich zur Referendarin ernannt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 7. Mai 1931 vor der Rechts und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität zu Marburg.

Herrn Professor Dr. Mezger spreche ich an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank für die Förderung meiner Arbeit aus.